

لعلاء الدين السمرقندي (٥٣٩ هـ)

حققه وعلق عليه ونشره لأول مرة

الدكتور محمد زكي عبد البر

الأستاذ بكلية الشريعة - جامعة قطر

ونائب رئيس محكمة النقض بمصر (سابقاً)

المجلد الثالث

مكتبة دار التراث

٢٢ شارع الجمهورية - القاهرة



297.
14/125

لعلاء الدين السمرقندي (٥٣٩ هـ.)

وهي أصل « بدائع الصنائع » للكاساني - قال اللكنوي : « ملك العلماء الكاساني ، صاحب البدائع شرح تحفة الفقهاء : أخذ العلم عن علاء الدين محمد السمرقندي ، صاحب التحفة ».

حققه وعلّق عليه ونشره لأول مرة

الدكتور محمد زكي عبد البر

الأستاذ بكلية الشريعة - جامعة قطر
ونائب رئيس محكمة النقض بمصر (سابقاً)



راجع متنه وقدم له الأستاذ الجليل الشيخ علي الخفيف أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق بجامعة القاهرة ووكيل تلك الكلية سابقاً

مكتبة دار التراث
٢٢ شارع الجمهورية - القاهرة

جميع الحقوق محفوظة للمحقق الناشر

الدكتور محمد زكي عبد البر

الطبعة الثالثة

١٤١٩هـ - ١٩٩٨م

رقم الإيداع : ١٥٢١٣ / ٩٨

كتاب

الشـــــركة[1]

الشركة[2] نوعان : شركة أملاك ، وشركة عقود .

فشركة الأملاك

على ضربين :

أحدهما ـ ما كان بفعلهما[3] ، مثل أن يشتريا أو يوهب لهما أو يوصى لهما فيقبلا[4] .

والآخر ـ بغير فعلهما[5] ، وهو أن يرثا .

والحكم فى الفصلين واحد ، وهو أَن الملك مشترك بينهما . وكل واحد منهما[6] فى نصيب شريكه كالأجنبي : لايجوز له[7] التصرف فيه إلا بإذنه .

---

(١) كل « كتاب الشركة » ناقص من حـ . وهو استمرار للنقص الذى أشرنا إليه فى الجزء الثانى فى باب كفارة اليمين (راجع الهامش ٧ ص ٥١٠ من الجزء الثانى) .

(٢) فى ا : « قال رحمه الله : الشركة » .

(٣) فى ا : « بفعليهما » .

(٤) كذا فى ب . وفى الأصل و ا وفى الكاسانى (٦ : ٥٦) : « فقبلا » .

(٥) فى ا : « فعليهما » . راجع فيما تقدم الهامش ٣ .

(٦) « منهما » من ا .

(٧) « له » من ا و ب .

وأما شركة العقود

فعلى ثلاثة[١] أوجه : شركة بالأموال ، وشركة بالأعمال ، وشركـة بالوجوه ؛ ويدخل فى كل واحد منهما شركة العنان وشركة المفاوضة — فنذكر فى كل نوع: كيفيته ، وشرائطه ، وأحكامه[٢].

أما الشركة بالأموال

فلها [٣] شروط ، عنانا كانت الشركة أو مفاوضة :

منها — أن يكون مال الشركة **حاضرا** ، إما عند العقد أو عند الشراء ، ولا يجوز بمال غائب أو دين فى الحالين — ولهذا قالوا فيمن دفع إلى رجل ألف درهم وقال « اخرج مثلها ، واشتر بها ، وبع ، فما ربحت كان[٤] بيننا » ، فأخرج ألفا واشترى بها : جاز ، وإن لم[٥] يوجد المال المعين[٦] عند العقد ، وإنما وجد عند الشراء . وإنما كان كذلك[٧] لأن الشركة لا تتم إلا بالشراء ، فوجود المال عنده كوجوده فى الابتداء.

(١) فى ا : « العقود فثلاثة » .
(٢) « وأحكامه » من ا و ب .
(٣) الفاء من ا .
(٤) « كان » ليست فى ب .
(٥) فى ا : « واشترى بها ولم » فليس فيها « جاز » ولا « ان » .
(٦) « المعين » من ا . وفى ب : « المين » . وزاد هنا فيهما (فى ا و ب) : « من الجنس » .
(٧) « كذلك » من ا .

ومنها – أن يكون رأس مال الشركة **أثمانا مطلقة**[١]، من الدراهم والدنانير، عند أكثر العلماء. ويصح عقد الشركة فيهما[٢] بالإجماع. ولو كان من أحدهما دراهم ومن الآخر دنانير: جازت الشركة[٣] عندنا. وعند زفر: لا يجوز.

وأما التبر فلا تصح الشركة به، وجعله كالعروض في هذا الكتاب، وفي كتاب الصرف جعله ثمنا[٤].

وخلط المالين ليس بشرط عندنا، وعند زفر شرط.

وأما المكيل والموزون والعدديات المتقاربة: فلا تصح الشركة بها[٥]، قبل الخلط، بالإجماع، لأنها ليست بأثمان عند التعيين، والشركة لا تصح[٦] فيها إلا وهى ثمن[٧]، وإنما هى أثمان فى الذمة. أما بعد الخلط: <ف> قال أبو يوسف: لا تصح الشركة[٨] وإنما صارت[٩] شركة أملاك، وقال محمد: صحت الشركة بالخلط.

وإنما يظهر الخلاف فيما إذا كان المكيل نصفين، وقد شرطا أن

---

(١) فى ا: «مطلقا».
(٢) فى ا: «فيها».
(٣) «الشركة» من ا و ب.
(٤) انظر ماسيأتى فى كتاب الصرف وفى أوله: «الصرف اسم لبيع الذهب والفضة والتبر».
(٥) فى ب: «بهما».
(٦) فى ا و ب: «لا تقع».
(٧) فى ا و ب: «عين». راجع الكاسانى ٦: ٦٠: ١.
(٨) فى ا و ب: «لا تصح الشركة فيه» ولعل الصحيح: «... فيها».
(٩) التاء من ا و ب.

وأما شركة العقود

فعلى ثلاثة[1] أوجه : شركة بالأموال ، وشركة بالأعمال ، وشركة بالوجوه ؛ ويدخل فى كل واحد منهما شركة العنان وشركة المفاوضة ـ فنذكر فى كل نوع: كيفيته ، وشرائطه ، وأحكامه[2].

أما الشركة بالأموال

فلها [3] شروط ، عنانا كانت الشركة أو مفاوضة :

منها ـ أن يكون مال الشركة **حاضرا** ، إما عند العقد أو عند الشراء ، ولا يجوز بمال غائب أو دين فى الحالين ـ ولهذا قالوا فيمن دفع إلى رجل ألف درهم وقال « اخرج مثلها ، واشتر بها ، وبع ، فما ربحت كان[4] بيننا » ، فأخرج ألفا واشترى بها : جاز ، وإن لم[5] يوجد المال المعين[6] عند العقد ، وإنما وجد عند الشراء . وإنما كان كذلك[7] لأن الشركة لا تتم إلا بالشراء ، فوجود المال عنده كوجوده فى الابتداء.

---

(١) فى ا : « العقود فثلاثة » .

(٢) « وأحكامه » من ا و ب .

(٣) الفاء من ا .

(٤) « كان » ليست فى ب .

(٥) فى ا : « واشترى بها ولم » فليس فيها « جاز » ولا « إن » .

(٦) « المعين » من ا . وفى ب : « العين » . وزاد هنا فيهما (فى ا و ب) : « من الجنس » .

(٧) « كذلك » من ا .

ومنها – أن يكون رأس مال الشركة **أثمانا مطلقة**[١]، من الدراهم والدنانير، عند أكثر العلماء. ويصح عقد الشركة فيهما[٢] بالإجماع. ولو كان من أحدهما دراهم ومن الآخر دنانير: جازت الشركة[٣] عندنا. وعند زفر: لا يجوز.

وأما التبر فلا تصح الشركة به؛ وجعله كالعروض في هذا الكتاب، وفي كتاب الصرف جعله ثمنا[٤].

وخلط المالين ليس بشرط عندنا، وعند زفر شرط.

وأما المكيل والموزون والعدديات المتقاربة: فلا تصح الشركة بها[٥]، قبل الخلط، بالإجماع، لأنها ليست بأثمان عند التعيين، والشركة لا تصح[٦] فيها إلا وهي ثمن[٧]، وإنما هي أثمان في الذمة. أما بعد الخلط: <ف> قال أبو يوسف: لا تصح الشركة[٨] وإنما صارت[٩] شركة أملاك، وقال محمد: صحت الشركة بالخلط.

وإنما يظهر الخلاف فيما إذا كان المكيل نصفين، وقد شرطا أن

---

(١) في ا: « مطلقا ».
(٢) في ا: « فيها ».
(٣) « الشركة » من ا و ب.
(٤) انظر ماسيأتي في كتاب الصرف وفي أوله: « الصرف اسم لبيع الذهب والفضة والتبر ».
(٥) في ب: « بهما ».
(٦) في ا و ب: « لا تقع ».
(٧) في ا و ب: « عين ». راجع الكاساني ٦: ٦٠: ١.
(٨) في ا و ب: « لا تصح الشركة فيه » ولعل الصحيح: « ... فيها »
(٩) التاء من ا و ب.

يكون الربح أثلاثا ، فخلطاه ، واشتريا به : قال أبو يوسف : الربح[١] على قدر المالين . وقال محمد : على ما شرطا .

وأما الشركة بالعروض : فلا تجوز عندنا ، خلافا لمالك . لأن الشركة تقتضى الوكالة ، والتوكيل على الوجه الذى <ت> تضمنه الشركة لا يصح بالعروض[٢] . فإنه لو قال لغيره « بع عرضك على أن ثمنه بيننا » : لم يصح . ولو قال لرجل « اشتر بألف من مالك على أن ما اشتريته بيننا وأنا أشترى بألف من مالى على أن ما أشترى بيننا » : جاز ذلك — فلهذا افترقا .

. . .

وأما شركة العنان :

فتفسيرها[٣] أن يشارك صاحبه فى بعض الأموال التى ذكرنا ، لا[٤] فى جميع الأموال ، ويكون كل واحد منهما[٥] وكيلا عن صاحبه فى التصرف فى النوع الذى عينا من أنواع التجارة أو فى جميع أنواع[٦] التجارة إذا عينا ذلك أو أطلقا ، ويبينان[٧] قدر الربح .

وهذه الشركة جائزة بلا خلاف ، لأنها تقتضى الوكالة فى التصرف ،

---

(١) « الربح » ليست فى ا .

(٢) فى ا و ب : « فى العروض » .

(٣) الفاء من ا و ب . وفى الأصل : « و » .

(٤) فى ب : « إلا » .

(٥) « منهما » من ا و ب .

(٦) « أنواع » من ا و ب .

(٧) فى ب : « وبينا » . وفى ا : « وبيان » .

عن كل واحد منهما، لصاحبه[١] ، والتوكيل صحيح .

ولهذا تجوز هذه[٢] الشركة بين كل من كان من أهل التجارة مأذونا فيها، كالعبد المأذون والصبي المأذون[٣] والمكاتب والذمى، كما تجوز بين الأحرار البالغين المسلمين ، لأن قبول الوكالة صحيح منهم .

ويجوز أن يشترط العمل عليهما ، بأن اشتركا على أن « يبيعا ويشتريا على أن ما رزق الله من ذلك فهو بينهما على كذا » . ويجوز أن يشترطا العمل[٤] على أحدهما دون الآخر .

ثم لاشك أنهما إذا شرطا الربح بينهما نصفين: جاز ، بالإجماع ، إذا كان رأس مالهما على السواء ، سواء شرط[٥] العمل عليهما أو على أحدهما ، لأن استحقاق الربح بالمال أو بالعمل ، وقد وجد التساوى فى المال .

وإن شرطا الربح بينهما أثلاثا : فإن كان العمل عليهما : جاز ، سواء كان[٦] فضل الربح لمن كان رأس ماله أكثر أو أقل ، لأنه يجوز أن يكون له زيادة حذاقة، فيكون الربح بزيادة العمل .

وإن شرطا العمل على أحدهما : فإن[٧] شرطا العمل على الذى شرط[٨]

---

(١) فى ب : « من كل منهما لصاحبه » . وفى ا : « فى التصرف منهما والتوكيل » .

(٢) « هذه » ليست فى ب .

(٣) « والصبي المأذون » ليست فى ب . وانظر فيما بعد ص ١١ .

(٤) « العمل » ساقطة من ا .

(٥) فى ا و ب : « شرطا » .

(٦) « كان » من ا و ب .

(٧) هكذا فى ا و ب . وفى الأصل : « وإن » .

(٨) فى ا : « شرطا » . وفى ب كذا : « على الذى فضل له الربح » .

له فضل الربح ، جاز ، لأنه عامل فى ماله ،وربحه له ، وعامل فى مال شريكه ، ببعض ربحه . والربح يستحق[1] بالعمل . وإن[2] شرطاالعمل على أقلهما ربحا خاصة[3]: لايجوز، لأنه شرط للآخر فضل ربح[4] بغير عمل ولا ضمان، والربح لايستحق إلا بمال أو عمل أو ضمان ، ولا نعنى بقولنا العمل[5] وجوده بل نعنى به شرط العمل[6] .

وإذا اشترك الرجلان بمال على أن يشتريا ويبيعا ، فما كان من الربح فهو بينهما ، ولم يخلطا المال[7] ، فضاع مال أحدهما قبل الشراء ، فقد انتقضت[8] الشركة.لأن الشركة تعينت فى المالين ، فإذا هلك أحدهما قبل الشراء ، بطلت الشركة فيه ، وبطلت[9] فى المال الآخر ، لأن صاحبه لم يرض بمشاركة شريكه فيه إلا بشرط الشركة فى ماله ، وإذا[10] بطلت الشركة فما يشتريه بماله يكون له خاصة .

---

(١) فى ب :« مستحق » . وفى ا :« والربح الذى مستحق » .

(٢) هكذا فى ب . وفى الأصل و ا :« فإن » .

(٣) « خاصة » من ب . وفى ا :« خاصا » .

(٤) فى ب :«لأن هذا اشتراط ازيادة الربح » . وفى ا :« لأن هذا اشرط ازيادة الربح» .

(٥) فى ا :« بقولنا القول » . وفى ب :« بقولنا إلا بعمل » .

(٦) زاد فى ا : « للآخر » . وزاد فى ب كذا :« إلا » .

(٧) « المال » من ا .

(٨) التاء من ا و ب .

(٩) فى ب : « فبطلت » .

(١٠) هكذا فى ب . وفى الأصل و ا :« فإذا » .

ولو اشترى بأحد المالين، ثم هلك المال الآخر[١] ؛ فما اشتراه[٢] فهو بينهما ، لأنه اشتراه مع بقاء الشركة. فلكا[٣] المشترى[٤] ، فهلاك المال بعده[٥] لا يغير حكم الملك .

ثم لكل واحد من شريكى العنان ، بعدما اشتريا برأس المال أعيانا، أن يبيع مال الشركة بالنقد والنسيئة، ويشترى بالنقد والنسيئة، وإنما أراد بالشراء بالنسيئة فيما[٦] إذا كان فى يده دراهم أو دنانير أو مكيل أو موزون، فاشترى بذلك الجنس شيئاً[٧] ، لأن الشريك وكيل بالشراء ، والوكيل بالشراء يملك الشراء بالنسيئة .

فإذا لم يكن فى يده ماذكرنا وصار مال الشركة كله أعيانا وأمتعة، فاشترى[٨] بدراهم أو بدنانير نسيئة، فالمشترى له خاصة، دون شريكه، لأنه لو صح فى حق شريكه صار مستدينا على مال الشركة[٩].

---

(١) فى ا : « ثم هلك مال الأول ».

(٢) فى ب : « فما اشترياه » .

(٣) كذا فى ا و ب . وفى الأصل : « فهلك » .

(٤) فى ب : « المشترك » .

(٥) فى ب و ا : « بعد ذلك » .

(٦) الصفحة التى تبدأ بقوله « فيما إذا كان » والتى تليها فى النسخة المصورة الأصل وردا فى غير موضعهما إذ وردا على اعتبارهما : ٣٤٤/٢ و ٣٤٥/١ والحقيقة أنهما ٢٤٤/٢ و ٢٤٥/١ كما وردت الصفحتان ٢٤٤/٢ و ٢٤٥/١ على أنهما ٣٤٤/٢ و ٣٤٥/١ وسننبه إلى ذلك فى كتاب الحظر والإباحة .

(٧) « شيئا » من ا و ب .

(٨) كذا فى ا و ب . وفى الأصل : « واشترى » .

(٩) وهو لا يملك ذلك كما سيأتى فى السطر التالى من المتن. وقد آثرنا البدء بالعبارة التالية من أول السطر .

والشريك شركة عنان والمضارب لايملكان الاستدانة إلا أن يؤذن لهما فى ذلك .

وكذا لكل واحد منهما[١] أن يبضع ، ويودع ، ويوكل بالبيع ، ويحتال بالثمن ، ويستأجر ، ويسافر بمال الشركة عند أبى حنيفة ومحمد فى أصح الروايات .

وكذا يقبض ماباعه بنفسه ، ويخاصم فيه ، ولا يقبض ماباع صاحبه ، ولا يخاصم فيه ، إلا إذا[٢] قال كل واحد منهما لصاحبه « اعمل فيه برأيك » فلهما[٣] أن يعملا فى ذلك ما كان من التجارة وتوابعها ، من الرهن ، والارتهان ، ودفع المال مضاربة ، والسفر بالمال[٤] فى قولهم إلا القرض ، والهبة ، والكتابة ، والتزويج ، ونحو ذلك ، لأن هذا من باب التبرع و[٥] ليس من جنس التجارة .

• • •

وأما شركة المفاوضة :

فشرط صحتها أن تكون فى جميع التجارات ، ولا يختص أحدهما

---

(١) « منهما » من ا .

(٢) « إذا » ليست فى ا .

(٣) فى ا و ب : « جاز » .

(٤) هكذا فى ا . وفى ب : « وبالسفر فى المال » . وفى الكاسانى (٦ : ٧١ : ١٧) : « وهل لأحدهما أن يسافر بالمال من غير رضا صاحبه ؟ ذكر الكرخى أنه ليس له ذلك ، والصحيح من قول أبى يوسف ومحمد أن له ذلك » .

(٥) « و » من ا .

بتجارة دون شريكه ، وأن يكون مايلزم أحدهما من حقوق ما يتجران فيه لازما للآخر ، وما يجب لكل واحد منهما يجب للآخر .

ويكون كل واحد منهما، فيما وجب لصاحبه ، بمنزلة الوكيل ، وفيما وجب عليه بمنزلة الكفيل عنه ، ويتساويان مع ذلك فى رءوس الأموال : فى قدرها وقيمتها ، ويتساويان فى الربح ، فإن تفاوتا فى شىء من ذلك لم تكن مفاوضة وكانت عنانا ـ فصارت المفاوضة مشتملة على الوكالة والكفالة والتساوى فى الربح والمال الذى يقع به الشركة ، ولهذا لاتجوز إلا بين المسلمين الحرين البالغين العاقلين[١] لتساويهما[٢] فى أهلية الكفالة وأهلية سائر التصرفات . بخلاف العبد والصبي والمكاتب والذمى والمجنون[٣] .

ثم كل مايجوز لشريك العنان أن يفعله ، يجوز[٤] للمفاوض أن يفعله أيضا ، لأن شركة المفاوضة أعم .

ثم كل ماهو شرط فى صحة شركة[٥] العنان ، فهو شرط فى صحة المفاوضة . وكل ما فسدت به شركة العنان[٦] فهو مفسد لشركة المفاوضة .

---

(١) « العاقلين » من ا .

(٢) كذا فى ا و ب . وفى الأصل : « لتساويهم » .

(٣) « والمجنون » من ا . راجع فيما تقدم ص ٧ .

(٤) فى ا و ب : « فيجوز » .

(٥) « شركة » ليست فى ا .

(٦) « العنان » ساقطة من ا .

ويجوز للمفاوض أيضا مالا[١] يجوز للشريك[٢] شركة عنان، فمما[٣] يختص به المفاوض أن[٤] يجوز إقراره بالدين على نفسه وعلى شريكه، <و> يطالب المقر له أيهما شاء ليكون[٥] كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه. وكذلك كل[٦] ماوجب على كل واحد منهما من دين سائر العقود التي تكون في التجارة، من الشراء والبيع والاستئجار وغير ذلك من سائر مايضمنه أحدهما من الأموال: بالغصوب[٧]، والبيوع الفاسدة، والخلاف في الودائع والعوارى، والاستهلاكات، والإجارات، والرهن والارتهان والكفالة بالمال عند أبي حنيفة خلافا لهما، والقبض، والخصومة، وإقامة البينة، والاستحلاف على العلم، والكتابة، والإذن في التجارة لعبد الشركة، وتزويج الأمة، ونحو ذلك.

ولا يجوز أن يعتق شيئا من عبيد التجارة، ولا أن يزوجهم.

وإذا اشترى أحدهما طعاما لأهله أو كسوة أو مالا يتهم فيه[٨]

---

(١) « لا » ساقطة من ا ففيها: « ما يجوز ».

(٢) في ب: « لشريك ».

(٣) كذا في ب. وفي ا: « فيما ». وفي الأصل: « فما ».

(٤) في ا: « بأن ».

(٥) في ا و ب: « لكون ».

(٦) « كل » من ا.

(٧) في ب: « والغصوب ».

(٨) في ا: « أو مالا يتم فيه الشركة ». وفي ب كلمة تتم غير واضحة وكلمة « الشركة » غير موجودة بحيث قد تقرأ: « مالا يتهم فيه ». وفي الكاساني (٦ : ٧٤ : ١٦): « وما اشتراه أحدهما من طعام لأهله أو كسوة، أو مالا بد له منه - فذلك جائز. وهو له خاصة دون صاحبه - والقياس أن يكون المشترى مشتركا بينهما لأن هذا مما يصح الاشتراك فيه كسائر =

فذلك جائز، وهو له خاصة دون صاحبه. وللبائع أن يطالب بثمن ذلك أيهما شاء. إلا أنهم قالوا إن الشريك يرجع على شريكه بنصف ثمن ذلك، لأنه قضى دينه، من ماله، بإذنه، دلالة.

وليس له أن يشترى جارية للوطء أو للخدمة بغير إذن الشريك، وإذا اشترى أحدهما[١] جارية ليطأها بإذن شريكه، فهى له خاصة، ولا يرجع عليه بشىء من الثمن[٢] - ولم يذكر الخلاف فى كتاب الشركة، وذكر فى الجامع الصغير فقال: عند أبى حنيفة لا يرجع عليه بشىء من الثمن. وعندهما: يرجع عليه بنصيبه على ما عرف ثم.

وأما الشركة بالوجوه

<ف>أن يشترك الرجلان ولا مال لهما على أن يشتريا ويبيعا[٣] بوجوههما، على أن ما اشتريا أو اشترى أحدهما، فهو بينهما نصفان. و[٤]سميت «شركة الوجوه» لأنه لا يشترى بالنسيئة إلا من له وجه عند الناس.

= الأعيان لكنهم استحسنوا أن يكون له خاصة للضرورة لأن ذلك مما لا بد منه فكان مستثنى من المفاوضة فاختص به المشترى. لكن للبائع أن يطالب بالثمن أيهما شاء وإن وقع الاشتراك إلا أنهم قالوا إن الشريك يرجع على شريكه بنصف ثمن ذلك لأنه قضى دينا عليه من ماله لا على وجه التبرع لأنه التزم ذلك فيرجع عليه».

(١) «أحدهما» ليست فى ب.

(٢) «من الثمن» ليست فى ب.

(٣) «ويبيعا» ساقطة من ا. وفى ب: «على أن ويشتريا» فسقطت منها كلمة «يبيعا».

(٤) «و» من ا. انظر الهامش التالى.

وهى عقد جائز عندنا ، خلافا للشافعى ، لتعامل الناس فى الأعصار ، من غير نكير .

ثم كيفما شرطا وقوع الملك فى المشترى بينهما [١] ، إما نصفان أو كان لأحدهما أكثر ، فهو جائز ، ويقع الملك بينهما كذلك ، ويكون الربح على قدر ملكهما ، و [٢] لا يجوز أن يفضل أحدهما على ربح حصته شيئا [٣] ، لأن الربح يستحق فى هذه الشركة بالضمان ، لا بالمال والعمل ، والضمان على قدر الحصة ، فيكون الربح كذلك ، إذ لو شرط [٤] زيادة الربح <فإنه> يشترط من غير [٥] عمل ومال وضمان ، وهذا لا يجوز .

ثم هما فى جميع ما يجب لهما وما يجب [٦] عليهما وما يجوز فيه فضل [٧] أحدهما على شريكه وما لا يجوز ، بمنزلة **شريكى العنان** ، لأنهما أطلقا الشركة ، والشركة المطلقة تقتضى العنان ، فإذا اشتركا بوجوههما **شركة مفاوضة** فذلك جائز ، لأنهما ضما إلى الوكالة المطلقة الكفالة [٨] ، وذلك جائز إلا أنه لا بد من التساوى فيما يتبايعانه [٩] ، لأن المفاوضة تمنع من التفاضل [١٠] .

---

(١) « نصفان وسميت شركة الوجوه لأنه ... المشترى بينهما » ساقطة من ب .

(٢) الواو من ا و ب .

(٣) فى ا : « على الربح شيئا » .

(٤) فى ا و ب : « ولو جاز شرط » .

(٥) « غير » ساقطة من ا .

(٦) هكذا فى ا و ب . وفى الأصل : « وما وجب » .

(٧) « فضل » من ا . وفى الأصل : « بعمل » . وفى ب : « فمل » .

(٨) فى ا : « والكفالة » .

(٩) كذا فى ا و ب . وفى الأصل : « يتبايعونه » .

(١٠) زاد فى ب هنا : « والله أعلم » .

وأما الشركة بالأعمال

فهى[١] تسمى « شركة الصنائع » ، وتسمى « شركة الأبدان » ، لأن العمل بالبدن يكون ، وهو أن يشترك اثنان فى عمل القصارة والصباغة ، على أن يتقبلا الأعمال ويعملا ، فما أخذا من الأجر فهو بينهما .

وهذه الشركة جائزة عندنا ، خلافا للشافعى ، وهى مما جرى به التعامل فى جميع الأعصار .

ثم هى قد تكون **مفاوضة** ، **وقد تكون عنانا** .

فالمفاوضة ماذكرا فيه لفظة المفاوضة أو ذكرا ماهو فى معنى المفاوضة ، بأن اشترط الصانعان على أن يتقبلا جميعا الأعمال[٢] وأن يضمنا جميعا العمل على التساوى ، وأن يتساويا فى الربح والوضيعة ، وأن يكون كل واحد منهما[٣] كفيلا عن صاحبه فيما لحقه بسبب هذه الشركة ، فهى مفاوضة .

وإن شرطا على أن ماقبلا من الأعمال وضمنا العمل[٤] فعلى أحدهما الثلثان من العمل ، وعلى الآخر الثلث ، والأجر[٥] والوضيعة بينهما على قدر ذلك ، فهذا شركة عنان[٦] لوجود معنى شركة العنان[٧] .

---

(١) فى ب : « وهى » . وفى ا : « وأما شركة الأعمال وهى » .

(٢) فى ا : « يتقبلا جميع الأعمال » . وفى ب : « يتقبلا الأعمال جميعا » . انظر فيما يلى ص ١٦

(٣) « منهما » من ا و ب .

(٤) هكذا فى ا . وفى الأصل و ب : « وضمنا العمل لأصحابهم » .

(٥) « والأجر » من ا و ب .

(٦) « عنان » ساقطة من ا .

(٧) « العنان » ساقطة من ا .

وكذا إذا ذكرا لفظة العنان[١].

وكذا لو أطلقا فهى شركة عنان أيضا، استحسانا، لأنهما جميعا قبلا الأعمال وضمنا[٢] تسليم ذلك إلى صاحبه، فيكون ذلك جاريا مجرى المفاوضة فى أن العمل عليهما، ولصاحب العمل أن يطالب بالعمل[٣] أيهما شاء، ولكل واحد منهما أن يطالب بأجرة العمل، وإلى أيهما دفع صاحب العمل برئ، وعلى أيهما وجب[٤] ضمان العمل: <ف>كان لصاحب العمل أن يطالب الآخر[٥]، ولكن لاتكون مفاوضة حقيقة مالم تذكر لفظة المفاوضة أو يوجد معناها وهو ماذكرنا[٦]، حتى قالوا فى الدين إذا أقر به أحدهما، من ثمن صابون أو أشنان[٧] أو أجر أجير أو حانوت قد مضى - فإنه لايصدق على صاحبه إلا بإقراره أو ببينة قامت عليه[٨]، ويستوى أن تكون الشركة فى نوع عمل، <ف> يعملان[٩]

---

(١) «وكذا ... العنان» من ا و ب .

(٢) فى ب: «فضمنا».

(٣) «بالعمل» ليست فى ب .

(٤) فى ا كذا: «وجب معناها ضمان».

(٥) فى ا كذا: «يطالب الأجرة».

(٦) فى ا: «مالم يذكرا لفظة المفاوضة أو يوكل وهو ما ذكرنا» .

(٧) «صابون أو أشنان» من ا و ب. والأشنان ما تغسل به الأيدى (اللسان).

(٨) العبارة فى الكاسانى (٦: ٧٦: ١١ - ١٣): «حتى قالوا فى الدين، إذا أقر أحدهما بثمن صابون أو أشنان أو غيرهما، إنه لا يصدق على صاحبه إذا كان البيع مستهلكا إلا بإقراره أو بالبينة. كذا إذا أقر أحدهما بأجر أجير أو حانوت بعد مضى هذه الإجارة. ولو كان المبيع لم يستهلك ومدة الإجارة لم تمض لزمهما جميعا بإقراره».

(٩) فى ب: «عمل أن يعملا». وفى ا: «عمل يعملان فى ذلك».

ذلك أو يعمل أحدهما عملا والآخر غير ذلك ، أو لم يعمل[١] بعد أن ضمنا جميعا العملين جميعا[٢] ، لأن الإنسان قد يعمل بنفسه وأجيره .

فإن عمل أحدهما دون الآخر ، والشركة عنان أو مفاوضة ، فالأجر بينهما إن[٣] شرطا العمل عليهما والتزما ذلك ، فيكون أحدهما معينا للآخر ، كالقصار إذا استعان برجل فى القصارة[٤] .

وكذلك إذا شرطا[٥] لأحدهما زيادة أجر ، أو شرطا[٦] العمل على قدر الأجر ، والوضيعة كذلك : فهو جائز ، وإن كان عمل الذى شرط[٧] له الأجر القليل أكثر ، لأن الربح بقدر ضمان العمل ، لا بحقيقة العمل .

وإن شرطا الوضيعة نصفين ، لا يصح ، ويبطل ، وتكون الوضيعة على ما شرطا من ضمان العمل والأجر كذلك[٨] .

ولو جنت يد أحدهما فالضمان عليهما جميعا ، لأن ذلك بناء على ضمان العمل ، وقد ضمنا جميعا[٩] .

---

(١) فى ا : « أو لم يعملا » .

(٢) « العملين » ليست فى ب . و « جميعا » الثانية ليست فى ا و ب .

(٣) فى ا : « كما » .

(٤) فإن القصار يستحق الأجر ، وإن لم يعمل ، لوجود ضمان العمل منه ، لأن الأجر فى هذه الشركة إنما يستحق بضمان العمل ، لا بالعمل — كما سيأتى بعد قليل (انظر الكاسانى ، ٦ : ٧٦ : ٢٥)

(٥) فى ا و ب : « شرط » .

(٦) فى ب : « وشرطا » . وفى ا : « واشترط » .

(٧) فى ا : « العمل الذى يشرط » .

(٨) الوضيعة لا تكون بينهما إلا على قدر الضمان (راجع فى ذلك الكاسانى ، ٦ : ٧٧ : ٥) .

(٩) زاد فى ب : « والله تعالى أعلم بالصواب » .

باب

الشركة الفاسدة

وهى أنواع [١]:

منها - الاشتراك فى جميع المباحات التى تملك بالأخذ، مثل الاصطياد، والاحتطاب، والاحتشاش، والاستقاء، واجتناء الثمار، وحفر [٢] المعادن.

فإن اشتركا [٣] على أن ما أصابا من ذلك فهو بينهما، فالشركة فاسدة، ولكل واحد منهما ما أخذه، لأن الشركة تقتضى الوكالة، والوكالة فى [٤] الاصطياد ونحوه لا تصح. وإذا فسدت، فالأخذ سبب الملك، فيكون ما لكا له، ثم ينظر: إن أخذا جميعا معا: فهو بينهما، لاستوائهما فى سبب الملك. وإن أخذ كل واحد منهما شيئا بانفراده وخلطاه، وباعاه: فإن كان مما [٥] يكال و [٦] يوزن: يقسم الثمن على قدر الكيل والوزن الذى لكل واحد منهما، وإن كان مما لا يكال ولا [٧] يوزن، يقسم

---

(١) فى ا: « قال رحمه الله: أنواع ».

(٢) هكذا فى ا و ب. وفى الأصل: « وحفرة ».

(٣) فى ا و ب: « فإن اشترطا ».

(٤) فى ا و ب: « على ».

(٥) كذا فى ا و ب. وفى الأصل: « ما ».

(٦) فى ا: « ولا ». وفى ب: « أو ».

(٧) « لا » من ب.

الثمن[١] بينهما بالقيمة، فيأخذ كل واحد منهما بقيمة[٢] الذى له ، وإن لم يعرف الكيل والوزن والقيمة ، يصدق كل[٣] واحد منهما ، فيما يدعى، إلى النصف ، وإن ادعى أكثر من النصف فعليه البينة .

وإن عمل أحدهما وأعانه الآخر فى عمله. فله أجر المثل، بالغا ما بلغ عند محمد. وعند أبى يوسف : له أجر مثله ، لا يجاوز به نصف المسمى أو قيمته ، أى[٤] نصف ذلك الشئ الذى أعانه فيه أو قيمته ، كمن قال لآخر: « بع هذا الثوب على أن نصف ثمنه لك » : فإنه يجب أجر المثل مقدرا بنصف ذلك الثمن .

. . .

ومنها ـ أن يكون[٥] لأحدهما بغل، وللآخر حمار ،فاشتركا[٦] على أن يؤاجرا ذلك ، فما رزق الله من شئ فبينهما ، فأجراهما جميعا، بأجر معلوم ، فى عمل معلوم ، وحمل معلوم : فإن هذه الشركة فاسدة ،لأن الوكالة على هذا الوجه لا تصح بأن[٧] قال لآخر : « أجر بعيرك على أن أجره بيننا » : فإنه فاسد[٨]ـ فكذا الشركة.

وإذا فسدت الشركة ، فالإجارة صحيحة ، لوقوعها على منافع

---

(١) « على قدر الكيل والوزن... يقسم الثمن » ساقطة من ا .

(٢) فى ا و ب : « بينهما يضرب كل واحد منهما بقيمة » .

(٣) كذا فى ا و ب وفى الأصل : « لكل » .

(٤) فى ا : « إلى » .

(٥) فى ا : « فإن اشتركا ويكون » بدل « ومنها أن يكون » .

(٦) فى ا : « واشترطا » .

(٧) فى ا : « كمن » .

(٨) « فإنه فاسد » من ا .

معلومة ، ببدل معلوم ، فيقسمان ما أخذا من الأجر : على قدر أجر مثل البغل والحمار[١] .

. . .

ومنها ـ أنه[٢] لو دفع إلى رجل دابة،ليؤاجرها على أن الأجر بينهما ، كان ذلك فاسدا ، والأجر لصاحب الدابة ؛ وكذلك السفينة والدار ، لأنه عقد على ملك الغير بإذنه ، ويجب أجر المثل،لأنه استوفى منفعة[٣]، بعقد فاسد .

. . .

ونوع آخر ـ رجل اشترى شيئاً، فقال له الآخر:«اشركنى فيه»ـ فهذا بمنزلة البيع والشراء ، بمثل ما اشترى، فى النصف، والتولية أن يجعل كله له بمثل ما اشترى،على ما مر فى كتاب البيوع[٤]؛فإن كان قبل أن يقبض الأول: لم يجز ، لأنه بيع المبيع المنقول قبل القبض، وإن كان بعده : جاز ، ويلزمه نصف الثمن ؛ فإن كان لا يعلم بمقدار الثمن ، فهو بالخيار إذا علم : إن شاء أخذ ، وإن شاء ترك .

ولو اشترى رجلان عبداً ، فأشركا فيه رجلاً بعد القبض : فالقياس أن يكون للشريك النصف،لأن كل واحد منهما لو أشركه فى نصيبه[٥]،على

---

(١) فى ب : « فيقتسمان ما أخذا من الأجر على مثل أجر البغل والحمار » .

(٢) « أنه » من ا و ب .

(٣) فى ا : « منفعته » .

(٤) راجع ص ١٥٤ ـ ١٥٥ وص ١٦١ ـ ١٦٢ من الجزء الثانى .

(٥) فى ا : « فى نصفه » .

الانفراد، استحق نصفه[١]، فكذا إذا أشركاه جميعاً معاً[٢]، وفى الاستحسان: يكون له الثلث، لأن الشركة تقتضى المساواة، فإذا قالا له «أشركناك فيه» فكأنهما[٣] قالا «شاركناك»[٤].

فإن أشركه أحدهما فى نصيبه ونصيب صاحبه، فأجاز شريكه ذلك، كان للداخل النصف وللأولين النصف، لأنه لما أجاز شريكه فى نصيبه[٥] صار نصف نصيبه له، وقد[٦] أشركه فى نصيب نفسه هذا[٧]، فيكون للثانى[٨] النصف، وبقى لكل واحد منهما[٩] الربع[١٠].

---

(١) فى ا و ب : «نصف نصيبه».

(٢) «جميعا معا» من ا. وفى ب : «أشركاه معا».

(٣) فى ا : «وإذا قالا : قد أشركناك — فإنما».

(٤) فى ا و ب : «ساويناك».

(٥) «ونصيب صاحبه فأجاز ... شريكه فى نصيبه» ساقطة من ب.

(٦) فى ا : «واو».

(٧) «هذا» ليست فى ا و ب. وهنا تكرار فى ب.

(٨) فى ا : «له».

(٩) «منهما» من ا و ب.

(١٠) زاد في ا و ب : «والله أعلم بالصواب».

كتاب

المضـــــــــاربة[1]

يحتاج[2] إلى معرفة[3]: تفسير المضاربة، والألفاظ[4] التي بها تنعقد المضاربة، وإلى بيان[5] شروط صحتها والشروط المفسدة، وإلى بيان أحكامها.

وأما تفسير المضاربة

فهو دفع المال إلى غيره، ليتصرف فيه. ويكون الربح بينهما على ما شرطا: فيكون الربح لرب المال بسبب ماله لأنه نماء ماله. وللمضارب باعتبار عمله الذي هو سبب وجود الربح.

وأما ألفاظ المضاربة

<ف> أن يقول: «دفعت هذا المال إليك مضاربة، أو مقارضة[6]، أو معاملة» أو: «خذ هذا المال واعمل فيه على أن ما رزق الله من شيء فهو بيننا نصفان أو على أن لك ربعه أو خمسه أو عشره» ولم يزد على هذا - فهو مضاربة[7].

---

(١) النقص مستمر في ح (المخطوط رقم ٧٤٢) - راجع الهامش ١ ص ٣. وانظر فيما بعد الهامش ٢ ص ٢٨.

(٢) في ا: «قال رحمه الله: يحتاج».

(٣) «معرفة» من ا.

(٤) «والألفاظ» من ا و ب.

(٥) «بيان» من ا و ب.

(٦) هكذا في ب والكاساني (٦: ٧٩: ٢ من أسفل - ٨٠). وفي الأصل و ا: «أو مفاوضة».

(٧) في ا: «مضارب».

ثم هى نوعان : مطلقة وخاصة .

أما المطلقة ـ <ف> أن يدفع المال إلى رجل ويقول[١] «دفعت هذا المال إليك مضاربة ، على أن الربح بيننا نصفان » .

وأما الخاصة ـ <ف> أن يدفع إليه ألف درهم مضاربة على أن[٢] يعمل بها فى الكوفة[٣] أو أن يعمل بها فى البز أو الخز[٤] ، أو قال: «خذ هذا المال مضاربة بالنصف على أن تشترى به الطعام » ـ ونحو ذلك .

وأما شرائط صحتها

فمنها ـ أن يكون رأس المال من الأثمان المطلقة ، فكل[٥] ما يصلح رأس مال الشركة ويصح به عقد الشركة ، تصح به المضاربة[٦] ، وإلا فلا ، وقد ذكرنا هذا فى كتاب الشركة[٧] .

وأما المضاربة برأس مال الدين فهو على وجهين :

أحدهما : أن يكون الدين لرب المال على رجل فيقول له[٨] : « اعمل بدينى الذى فى ذمتك مضاربة بالنصف » ـ فإن اشترى بها وباع ، فجميع ما اشترى وباع يملكه، وله ربحه وعليه وضيعته ، والدين[٩] فى ذمته بحاله

(١) فى الأصل وا و ب : « وقال » .
(٢) « الربح بيننا وأما الخاصة أن يدفع إليه ألف درهم مضاربه على أن » ساقطة من ا .
(٣) فى ا : « يعمل فيه بالكوفة » .
(٤) فى ا : « يعمل فيها فى البر أو البحر » .
(٥) هكذا فى ا و ب . وفى الأصل : « وكل » .
(٦) فى ب كذا : « فكل ما يصح رأس ويصح به عقد الشركة يصح به عقد المضاربه » .
(٧) « وقد ذكرنا ... الشركة » من ا . وفى ب : « وقد ذكرنا فى الشركة » . راجع فيما تقدم ص ٥ .
(٨) « له » من ا و ب .
(٩) فى ا : « والذى » .

عند أبي حنيفة ، بناء على أصله ، فيمن وكل رجلا ليشترى بالدين الذى فى ذمته: لم يجز . وعلى أَصلهما: يجوز هذا التوكيل ويبرأ[١] من الدين، فيكون ما اشترى وباع لرب المال: له ربحه[٢] وعليه وضيعته، والمضاربة فاسدة ، لأن الشراء وقع للموكل[٣] ، فيكون مضاربة بالعروض .

وأما إذا قال له[٤] : «اقبض مالى على فلان من الدين واعمل به مضاربة»: <فقد> جاز، لأنه أَضاف المضاربة إلى المقبوض الذى هو أمانة فى يده.

. . .

ومن شرط صحتها — أن يكون الربح جزءا مشاعا من[٥] الجملة .

أما إذا عين بأن قال: « على أن لك من الربح مائة درهم أو نحوها» — <ف> لا يصح ، لاحتمال أَن الربح لا يكون إلا هذا القدر، فلا يحصل الربح لرب المال .

وكذا الوصى — لو دفع مال الصبي مضاربة ، وشرط عمل الصغير: فالمضاربة فاسدة، لبقاء يد المالك على المال[٦] .

. . .

ومنها — انقطاع يد رب المال[٧] عن رأس المال: شرط صحتها — حتى

---

(١) هكذا فى ا . وفى الأصل و ب : « وبرى » .

(٢) فى ب : « وله ربحه » . وفى ا : « وربحه له » .

(٣) فى ا : « للوكيل »

(٤) « له » من ا و ب .

(٥) فى ا : « فى ».

(٦) « على المال » من ا . ونرى أن هذين السطرين ينبغى أن يكونا بعد السطور الثلاثة التالية — انظر مايلى فى المتن .

(٧) فى ا : « يد المالك » .

قالوا فى المضارب إذا دفع المال[١] إلى رب المال مضاربة بالثلث، فالمضاربة الثانية فاسدة[٢].

ومنها - إعلام قدر الربح، لأن الربح هو المقصود[٣]، فجهالته توجب فساد العقد.

فكل[٤] شرط يؤدى إلى جهالة الربح: يفسد المضاربة.

وإن كان لا يؤدى إلى جهالة الربح[٥]: يبطل الشرط[٦]، ويصح العقد - مثل أن يشترط أن تكون الوضيعة على المضارب[٧] أو عليهما: فالشرط يبطل، ويبقى العقد صحيحا، والوضيعة فى مال المضاربة. وكذا لو دفع ألفا مضاربة، على أن الربح بينهما نصفان و[٨] على أن يدفع إليه رب المال أرضه ليزرعها سنة، أو على أن يسكنه داره سنة[٩]: فالشرط باطل، والمضاربة جائزة.

وأما الأحكام - فنقول:

المضاربة تشتمل على أحكام مختلفة:

إذا دفع المال إلى المضارب: فهو أمانة فى يده[١٠]، فى حكم الوديعة،

---

(١) « المال » من ا .

(٢) راجع فيما تقدم السطرين ١١ و ١٢ والهامش ٦ ص ٢٤ .

(٣) فى ا : « هو المعقود عليه » . وفى ب : « المعقود » .

(٤) فى ا : « وكل » .

(٥) « يفسد المضاربة ... الربح » من ا و ب .

(٦) هكذا فى ا و ب . وفى الأصل : « الشركة » .

(٧) فى ا : « المضاربة » .

(٨) فى ا و ب : « أو » . وفى الكاسانى (٦ : ٨٦ : ١٩) : « على » .

(٩) « سنة » ليست فى ا .

(١٠) « فى يده » من ا .

لأنه قبضه بأمر المالك لا على[1] طريق البدل والوثيقة .

فإذا اشترى به: فهو وكالة ، لأنه تصرف فى مال الغير بإذنه .

فإذا ربح :صار شركة لأنه ملك جزءا من المال بشرط العمل ، والباقى نماء مال المالك ، فهو له ، فكان مشتركا بينهما .

فإذا فسدت المضاربة ، بوجه من الوجوه : صارت[2] إجارة ،لأن الواجب فيها أجر المثل . وذلك يجب فى الإجارات .

فإن خالف المضارب : صار غاصبا ،والمال مضمون عليه ، لأنه تعدى فى ملك[3] غيره .

• • •

ثم من **حكم المضاربة المطلقة**[4] العامة أن يتصرف المضارب فى[5] مال المضاربة ما بدا له من أنواع التجارات. وله أن يدفع بضاعة[6] و[7] وديعة، ويستأجر الأجير[8] و[9] الدواب والبيوت، وأن يبيعه[10] بالنقد والنسيئة،

---

(١) « على » ساقطة من ا .

(٢) التاء من ا و ب .

(٣) فى ا :« فى مال » .

(٤) « المطلقة » ليست فى ا . وفى الكاسانى (٦ :٨٧ :١٨) :«المضاربة نوعان : مطلقة، ومقيدة .فالمطلقة أن يدفع المال مضاربة من غير تعيين العمل والمكان والزمان وصفة العمل ومن يعامله . والمقيدة أن يعين شيئا من ذلك » وراجع ص ٢٣ .

(٥) هكذا فى ا و ب . وفى الأصل :« من » .

(٦) الإبضاع استعمال شخص فى المال بغير عوض (الكاسانى ٦ : ٨٧ : السطر الأسفل) أى أن يدفع المال لشخص ليتجر به لصاحب المال ويكون كل الربح لصاحب المال فيكون المستبضع وكيلا متبرعا (انظر الزيلعى ، ٥ : ٥٣) .

(٧) واو العطف ليست فى ا و ب .

(٨) فى ا و ب :« الأجراء » .

(٩) هكذا فى ا و ب . وفى الأصل :« أو » .

(١٠) فى حـ : « وله أن يبيعه » . وفى ب : « وأن يبيع » .

ويوكل وكيلا فى الشراء والبيع . وله أن يرهن ويرتهن[١] فى المضاربة.
وله أن يسافر بالمال فى الطريق الذى يسافر فيه التجار .

وليس له أن يقرض وأن يستدين[٢] على المضاربة، وأن يأخذ سفتجة[٣].
حتى يأمره بذلك . وليس له أن يدفع المال إلى غيره مضاربة، وأن يشاركه به[٤]، وأن يخلطه[٥] بماله ولا بمال غيره - فى قولهم جميعا[٦] .

وفى الرواية المشهورة : له أن يأذن لعبد المضاربة فى التجارة[٧] ، لأنه عادة التجار[٨] .

. . .

وأما المضاربة الخاصة - <فهى> ، فيما ذكرنا من الأحكام ، مثل المضاربة العامة ، وإنما تفارقها فى قدر الخصوص، وهو أن يتقيد[٩] بالمصر

---

(١) « ويرتهن » من ا و ب .

(٢) فى ا : « ولا أن يستدين » .

(٣) قال صاحب العناية (٦ : ٣٥٥) : « السفاتج جمع سفتجة بضم السين وفتح التاء: فارسى معرب - أصله سفته : يقال للشيء المحكم - وسمى هذا القرض به لإحكام أمره . وصورتها أن يدفع إلى تاجر مالا قرضا ليدفعه إلى صديقه. وقيل : هو أن يقرض إنسانا مالا ليقضيه المستقرض فى بلد يريده المقرض وإنما يدفعه على سبيل القرض لا على سبيل الأمانة ليستفيد به سقوط خطر الطريق ، وهو نوع نفع استفيد بالقرض . وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جر نفعا . وقيل : هذا إذا كانت المنفعة مشروطة ، وأما إذا لم تكن فلا بأس بذلك » .

(٤) هكذا فى ا و ب . وفى الأصل :« يشاركه » .

(٥) الهاء من ا و ب .

(٦) « جميعا » من ا و ب .

(٧) فى ا : « لعبيده فى التجارة » . وفى الكاسانى (٦ : ٨٨ : السطر الأسفل) :« وله أن يأذن لعبيد المضاربة بالتجارة فى ظاهر الرواية » .

(٨) فى ب : « التجارة » .

(٩) فى ا و ب : « تتقيد » .

الذى قيده بها [١] ، بأن دفع المال مضاربة ليعمل بها فى الكوفة ، فليس له أن يخرج المال من الكوفة بنفسه ، ولا يعطيها أيضا بضاعة لمن يخرج بها عن الكوفة ، فإن أخرجها من الكوفة ضمن ، فإن اشترى بها وباع فما اشترى فهو لنفسه وإن لم يشتر بها شيئا حتى يرده إلى الكوفة برىء من الضمان ورجع المال [٢] مضاربة على حالها ، كالمودع إذ خالف فى الوديعة ثم عاد إلى الوفاق.

ولو دفع إليه على أن يعمل فى سوق الكوفة فعمل بالكوفة فى غير سوقها ، فهو جائز على المضاربة ، استحسانا ـ لأنه لا [٣] يفيد غالبا.

ولو قال له : « لا تعمل إلا [٤] فى سوق الكوفة » ـ فعمل فى غير السوق [٥] ، فباع واشترى ، فهو ضامن ، لأن هذا حجر ، والأول تخصيص ، وإنما يصح التخصيص إذا كان مفيدا ، والحجر عن التصرف فى ملك نفسه جائز ، ولا يصح التصرف بدون إذنه [٦] .

• • •

ثم فى المضاربة المطلقة إذا نهى رب المال أن يخرج المال من المصر الذى اشتراه منه [٧] وعلم بالنهى ، فليس له أن يخرجه ، وحاصل هذا أن

---

(١) كلمة « المصر » يجوز فيها التذكير والتأنيث (المصباح). وفى ا : « به ».

(٢) انتهى النقص الموجود فى حـ والذى أشرنا إليه من قبل قبيل كتاب الإجارة وفى أول كتاب الإجارة والشركة والمضاربة (راجع الهامش ٧ ص ٥١٠ و ١ ص ٥١٤ : حـ ٢ . وفى هذا الجزء الهامش ١ ص ٣ والهامش ١ ص ٢٢) .

(٣) « لا » من ا و ب و حـ . وكذا فى الكاسانى (٦ : ٩٩ : ٢) .

(٤) « إلا » ليست فى حـ .

(٥) فى حـ : « فى غير سوق الكوفة » .

(٦) فى ا و ب و حـ : « فلا يصح بدون إذنه » .

(٧) فى ا و ب و حـ : « فيه » .

فى المضاربة المطلقة إن خصصها رب المال بعد العقد :

فإن كان رأس المال بحاله أو [١] اشترى به متاعا ثم باعه وقبض ثمنه دراهم و [٢] دنانير : فإن تخصيصه جائز [٣] ، كما لو خصص المضاربة فى الابتداء ، لأنه يملك التخصيص إذا كان فيه فائدة .

أما إذا كان مال المضاربة عروضا : فليس يصح نهى رب المال حتى يصير نقدا ، وذلك نحو أن يقول : «لا تبع بالنسيئة» ، لأن المضاربة تمت [٤] بالشراء ، ولو أراد العزل عن البيع ، لم يصح عزله ، فكذلك عن صفته .

ومنها - أن المضارب ليس له أن ينفق من مال المضاربة ما دام فى مصره .
وإذا سافر أنفق من مال المضاربة لنفقته ، وكسوته ، ومركوبه ، وعلف دوابه ، ونفقة أجيره ، ومؤونته ، وما لا بد فى السفر منه [٥] عادة ، إلا مؤونة الحجامة والخضاب والنُّورة [٦] : فهو من ماله .

وروى الحسن أن كل ما يثبت فيه [٧] نفقة الإنسان ، كان فيه الدواء والحجامة ، فى قياس قول أبى حنيفة وأبى يوسف . وكذلك الدهن [٨] .
وقال محمد : الدهن [٩] فى ماله .

---

(١) هكذا فى ا و حـ . وفى ب : « و » . وفى الأصل : « لو » .
(٢) فى ا و حـ : « أو » .
(٣) هكذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « جاز » .
(٤) فى ا و حـ : « تثبت » .
(٥) « منه » من ب .
(٦) النُّورة حجر الكلس ثم غلبت على أخلاط تضاف إلى الكلس من زرنيخ وغيره وتستعمل لإزالة الشعر (المصباح) .
(٧) فى ا و حـ : « كل مال تثبت فيه » .
(٨) فى ا و ب و حـ كذا : « الرهن » . انظر الهامش التالى .
(٩) فى ب : « الرهن » . وفى ا : « نفقة الرهن » . راجع الهامش السابق .

ولو أقام فى مصر من الأمصار . للبيع والشراء ، ونوى الإقامة خمسة عشر يوما ـ فنفقته من مال المضاربة[١] . ما لم يتخذ من المصر[٢] دارا للتوطن .

ثم إذا دخل مصره فما فضل من نفقته وكسوته يرده إلى مال المضاربة.

ثم < مقدار > النفقه التى أنفق يحتسب كله من الربح إن كان ربح[٣] ، وإن لم يكن[٤] فهو من رأس المال .

وما أنفقه ، من ماله ، فيما له أن ينفقه من مال المضاربة ، على نفسه[٥] : فهو دين فى[٦] المضاربة ، كالوصى إذا أنفق ، على الصغير ، من مال نفسه ، لأن تدبير ذلك مفوض إليه[٧] .

• • •

ومنها ـ أن قسمة الربح قبل قبض رأس المال لا تصح ، حتى إنهما لو اقتسما الربح ، ورأس المال فى يد المضارب ، فهلك : فما أخذ رب المال من الربح يكون محسوبا من رأس المال ، ويرجع على المضارب فيما قبضه حتى يتم[٨] رأس المال ، فإن فضل فهو ربح بينهما[٩] .

---

(١) « للبيع والشراء ... مال المضاربة » ساقطة من ا و حـ . وفى الأصل : « إقامة » .

(٢) فى ا و ب و حـ : « فى المصر » .

(٣) هكذا فى ب . وفى الأصل و ا و حـ : « إن كان له ربح » .

(٤) فى ا و ب : « وإن لم يكن فى المال ربح » . وفى حـ : « ولن لم يكن له فى المال ربح » .

(٥) « على نفسه » ليست فى ا و حـ .

(٦) فى ا و حـ : « على » .

(٧) « إليه » ليست فى ا و حـ .

(٨) فى ب : « حتى يستوفى » . وانظر الهامش ٤ ص ٣١ .

(٩) فى ا و حـ : « فإن فضل من الربح شىء فهو بينهما » . وانظر الهامش ٤ ص ٣١ .

ولو هلك رأس المال فى يد المضارب،قبل أن يشترى به شيئا ، يهلك أمانة ، وتنفسخ[١] المضاربة ، لأن المال يتعين فى المضاربة .

والقول فى المضاربة الصحيحة قول المضارب ، وفى الفاسدة قول رب المال[٢] .

فأما إذا اشترى بالمال رقيقا ، فهلك الرقيق ، فهو على المضاربة[٣] .

ولو كان رأس المال ألفا ، فاشترى به شيئا ، فهلك الألف ، قبل التسليم ـ فإنه يرجع[٤] هو بالألف على رب المال ثانيا وثالثا ورابعا ، وذلك كله[٥] رأس المال ، لأن المضاربة قد تمت .

. . .

ولو مات المضارب ، **ينفسخ عقد المضاربة** ، لعجزه عن العمل به[٦] ، فصار كما لو عزله ، إلا أن فى العزل لابد من العلم وفى الموت ينفسخ وإن لم يعلم ، لأنه فسخ حكمى .

---

(١) فى ح : « فتنفسخ » . وفى ا : « فتفسخ » .

(٢) « قول رب المال » ساقطة من ا .

(٣) فى ا و ح : « على المضارب » .

(٤) « ولو كان رأس المال ... فإنه » ساقطة من ا و ب و ح وفيها : « فهو على المضارب ويرجع هو ... » إلا أن فى ب : « على المضاربة » وفى الكاسانى (٦ : ١٠٧ : ٢٥) : « ... وشرط جواز القسمة قبض رأس المال فلا تصح قسمة الربح قبل قبض رأس المال حتى لو دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف فربح ألفا فاقتسما الربح ورأس المال فى يد المضارب لم يقبضه رب المال فهلكت الألف التى فى يد المضارب بعد قسمتهما الربح فإن القسمة الأولى لم تصح وما قبض رب المال فهو محسوب عليه من رأس ماله وما قبضه المضارب دين عليه يرده إلى رب المال حتى يستوفى رب المال رأس ماله ولا تصح قسمة الربح حتى يستوفى رب المال رأس المال » .

(٥) هنا زاد فى ح : « من » . وفى ا : « بين » .

(٦) « به » ليست فى ا و ب و ح .

وكذلك **إذا مات رب المال** : ينفسخ[١] ، سواء علم المضارب بموته أو لا ، لأنه فسخ حكمى .

وهذا إذا كان المال نقدا . **فأما إذا كان المال[٢] عروضا** : فإن بيع المضارب جائز ، حتى يصير نقدا فيؤدى[٣] رأس المال ، و[٤]لا ينعزل بالعزل صريحا ـ وكذلك بالموت .

. . .

ثم المضاربة **متى فسدت** ، وقد **ربح فيها**، فالربح لرب المال، وللمضارب أجر المثل ، لأن استحقاق رب المال[٥] الربح لكونه نماء ماله، والمضارب إنما يستحق بالشرط ، وقد فسد العقد[٦] ، لكن عمل له [٧] بحكم عقد فاسد ، فيلزمه أجر المثل .

وكذا إذا **لم يربح** لأنه استعمله مدة فى عمله فكان عليه أجر العمل

وفى **المضاربة الصحيحة**، إن لم يكن ربح، فلا شىء للمضارب لأنه عامل لنفسه ، فلا يستحق الأجر ـ والله أعلم .

---

(١) « ينفسخ » ليست فى حـ .

(٢) « المال » من ا .

(٣) زاد هنا فى ا و حـ : « به » .

(٤) هكذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « كأنه لا ينعزل » والمعنى أنه « لا ينعزل المضارب بالعزل الحكمى إذا كان المال عروضا بل يبيعها بعد العزل كما لا ينعزل بالعزل القصدى فى تلك الصورة لأن عدم عمل العزل فيها لئلا يلزم إبطال حق المضارب ولا تفاوت فى ذلك بين ذينك العزلين» قاضى زاده ، نتائج الأفكار ، ٧ : ٧٧ . وراجع الكاسانى ، ٦ : ١١٢ : ٢٢ .

(٥) فى ب : « المضارب » وهو خطأ .

(٦) فى ا و ب و حـ : « عقد المضاربة » .

(٧) فى ب : « فسد عقد المضاربة لا عمل له » .

الصـــــرف

الصرف[1] اسم لبيع الذهب والفضة، والتبر[2]، والمضروب والمصوغ فى ذلك سواء، وكذلك الجنس وخلاف الجنس، والمفرد والمجموع مع غيره[3].

---

(١) فى ا و حـ: « قال رحمه الله: الصرف ».

(٢) التبر ما كان غير مضروب من الذهب والفضة (انظر المغرب).

(٣) هكذا فى الأصل. وفى ب: « الصرف اسم لبيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والتبر المضروب والمصوغ فى ذلك سواء، وكذا الجنس وخلاف الجنس، والمفرد والمجموع مع غيره». وفى حـ: « الصرف اسم لبيع الذهب والفضة إذا باع الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة أو التبر بالتبر أو المصوغ بالمصوغ والمضروب فى ذلك وكذلك الجنس بخلاف الجنس والمفرد والمجموع مع غيره». وفى ا مثل ما فى حـ إلا أن فى ا: « أو المصوغ بالمصوغ أو المضروب بالمضروب فى ذلك سواء » - ولعل عبارة ب خير. وفى الكاسانى (٥ : ٢١٥ : ١٥): « فالصرف فى متعارف الشرع اسم لبيع الأثمان المطلقة بعضها ببعض وهو بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة وأحد الجنسين بالآخر ». وفيه أيضا (٥ : ٢١٦ : ٢ من أسفل - ١٧): « وسواء كان دينا بدين وهو الدراهم والدنانير أو عينا بعين وهو التبر والمصوغ أو دينا بعين وهو الدرهم والدنانير بالتبر والمصوغ لأن ما ذكرنا من الدلائل لا يوجب الفصل بين الدين والعين وسواء كان مفردا أو مجموعا مع غيره كما إذا باع ذهبا وثوبا بفضة مفردة لأن الفضة تنقسم على الذهب والثوب فما قابل الذهب يكون صرفا فيشترط فيهما القبض وما يقابل الثوب يكون بيعا مطلقا فلا يشترط فيه القبض .. الخ ». وقد تقدم فى باب السلم من كتاب البيوع (حـ ٢ ص ٤) قوله « بيع الدين بالدين - وهو بيع الثمن المطلق بالثمن المطلق، وهو الدراهم والدنانير - ولذلك يسمى عقد الصرف». وراجع بيان الثمن والمبيع في الجزء الثاني، ص ٥١ - ٥٥.

يسمى هذا العقد «صرفا»، لاختصاصه بالتقابض[١] والصرف من يد إلى يد.

. . .

وحكمه ـ حكم سائر الموزونات والمكيلات[٢] فى جريان ربا الفضل والنسا[٣]، وذلك عند اتحاد الجنس والقدر[٤]. **وإنما اختص من سائر البياعات بثلاثة أشياء :**

أحدها ـ أنه لا يصح بدون تقابض البدلين، قبل[٥] افتراق العاقدين بأنفسهما. فإذا عقدا عقد الصرف، بأن باع دينارا بدينار أو دينارا بعشرة دراهم، سواء كانا حاضرين وقت العقد أو لا: فإنه ينعقد العقد وينفذ إذا وجد التقابض قبل افتراق العاقدين[٦].

وكذلك إذا كان مجموعا مع غيره، بأن باع ذهبا وثوبا، بفضة أو ذهب ـ فالفضة تنقسم على الذهب والثوب: فما يكون بمقابلة الذهب يكون صرفا وما يقابل الثوب يكون بيعا. فإذا قبض حصة الذهب من الفضة، وقبض الآخر الذهب بحصة الفضة ـ جاز، وإن لم يقبض حصة الثوب؛ لكن الشرط افتراق العاقدين، سواء كانا مالكين أو نائبين كالوكيل والأب والوصى، لأن القبض من تمام عقد الصرف فيعتبر بالعاقدين. فإن وجد أحد البدلين زيوفا

---

(١) فى ا: «بالتقايض».
(٢) فى ا و حـ: «حكم سائر المكيلات».
(٣) زادهنا فى ا و ب و حـ: «سواء». راجع في الجزء الثاني باب الربا (ص ٣١ ومابعدها).
(٤) «وذلك عند اتحاد الجنس والقدر» ليست فى ب.
(٥) فى ا و حـ: «بدون التقابض باليدين قبل». وفى ب: «بدون تقابض قبل».
(٦) «بأنفسهما فإذا عقدا ... افتراق العاقدين» ليست فى ب.

أو نبهرجة[١] فحكم المسألة مع فروعها قد ذكرناه فى كتاب البيوع[٢] .

والثانى ـ أن لا يكون فيه خيار شرط، لهما[٣] أو لأحدهما .

والثالث ـ أن لا يكون لهما، أو لأحدهما، أجل فى الصرف .

فإذا أبطلا الخيار، أو مات[٤] من له الخيار، قبل افتراق العاقدين[٥]: يجوز الصرف، استحسانا[٦]، عندنا ـ خلافا لزفر .

وكذا إذا أبطلا الأجل فى المجلس عند أبى حنيفة ومحمد، وعن[٧] أَبى يوسف روايتان .

وإن افترقا ولأحدهما خيار رؤية بأن كان مصوغا ـ أَما فى المضروب <ف> لا يثبت خيار الرؤية، لأنه لا فائدة فيه[٨]، كما فى المسلم فيه ـ <ف>لا يفسد العقد[٩]، لأنه خيار حكمى[١٠] .

---

(١) الدرهم الزائف هو الردىء وزافت الدراهم أي صارت مردودة لغش فيها ـ والدرهم النبهرج الدرهم الردىء، الذي فضته رديئة، الدرهم المُبْطَل السِكّة (اللسان) .

(٢) فى باب السلم - راجع ص ٢٤ ـ ٣٠ من الجزء الثانى . وكذا الكاسانى، ٥ : ٢٢٠ : ٢ وقد أحال على ما ذكر فى السلم : ٥ : ٢٠٥ : ٧ وما بعده .

(٣) « لهما » ساقطة من حـ .

(٤) « مات » ساقطة من ا و ب و حـ .

(٥) « قبل افتراق العاقدين » من ا و ب و حـ . وفى الأصل :« أو مات من له الخيار من العاقدين يجوز ... » .

(٦) « استحسانا » ليست فى ا و حـ .

(٧) فى ب : « وعند » .

(٨) « فيه » من ا و ب و حـ .

(٩) المعنى أنه لو افترقا وفى الصرف خيار رؤية : جاز ـ ولكن لا يتصور فى النقد وسائر الديون خيار الرؤية، لأن العقد ينعقد على مثلها، لا على عينها، فلا يكون هناك فائدة فى الخيار، لأن قيام العقد يقتضى ولاية المطالبة بالمثل، فإذا قبض رده ويطالبه بآخر وهكذا (راجع فى ذلك: ابن الهمام، فتح القدير، ٥ : ٣٦٧ . والكاسانى، ٥ : ٢١٩ : ٦ من أسفل) .

(١٠) أى يثبت بدون اشتراطه كما سيتبين فى المتن فيما يلى .

وكذا خيار العيب .

وكذا خيار الإجازة، بأن وجد الصرف من الفضوليين على غيرهما[1]، فإذا بلغه كان له خيار الإجازة ، وإنه لا يفسد، لأنه خيار يثبت حكما .

والمفسد خيار الشرط لا غير .

. . .

ولو تصارفا دينارا بدينار[2]،وسلم أحدهما الدينار[3]،وأبرأ صاحبه عن الدينار[4] أو وهب منه :

فإن قبل الذى عليه الدين ما أبرأه منه أو وهب له : بطل الدين عنه ، وانتقض الصرف ، لأن البراءة توجب سقوط القبض، الذى هو مستحق حقا للشرع فى الصرف، فإذا اتفقا على إسقاطه : بطل العقد ، بفواته .

وإن لم يقبل الذى عليه الدين البراءة: لا تصح ،لأنها[5] سبب للفسخ[6]، فلا يثبت بقول أحد المتعاقدين بعد صحة العقد ، ولو استبدل عن ذلك الدينار شيئا بخلاف جنسه ، فالبيع فاسد ، لأن فيه تفويت القبض الذى هو حق الشرع ـ وإذا لم يصح هذا ، بقى عقد الصرف،وقد وجد قبض أحد البدلين ، فعليه أن يقبض الآخر ، ويتم العقد الأول بينهما .

---

(١) فى ا و ح :« على البائع » .

(٢) فى ا :« بدينار دين» .

(٣) فى ب :« وسلم الدنانير » . وفى ح :« ويسلم الدينارين دين » .

(٤) فى ا و ب و ح : « الدينار الدين » .

(٥)و(٦) «لأنها» من ا و ب و ح. وفى الأصل: «لأنه». والكلام على البراءة ـ وتكون هنا سببا للفسخ لأنها تجعل البدل بحال لا يتصور قبضه فكانت فى معنى الفسخ فلا تصح إلا بتراضيهما كصريح الفسخ (انظر الكاسانى ، ٥ : ٢١٨ : ٦ ـ ١٢) .

وإن أخذ عن الدينار الذى عليه[١] دينارا أردأ مما سمى[٢] أو زيوفا : فإنه يجوز ، ولا يكون استبدالا ، لأنه من جنس حقه ، إلا أنه ناقص الوصف ، والجيد والردىء سواء ههنا .

فإن امتنع الواهب والمبرىء[٣] أن يأخذ ما وهب له[٤] < أو أبرأ >[٥] ، فإنه يجبر على ذلك ، لأن فى ترك قبض ذلك فساد[٦] عقد الغير .

. . .

ولو باع دينارا بعشرة دراهم[٧] ، وسلم الدينار ، ولم يقبض العشرة ، وكان لمشترى الدينار على بائعه عشرة دراهم[٨] ، فأراد المقاصة — فههنا ثلاث مسائل :

إحداها — أن العشرة التى على البائع وجبت عليه قبل الصرف ، بقرض أو غصب[٩] أو من ثمن مبيع[١٠] ، فأراد أن يجعلا ثمن الدينار ، وهو العشرة ، قصاصا بذلك الدين : فإن أجمعا على ذلك : جاز ، وكان قصاصا ، وإن لم يجمعا

---

(١) فى ا و ب و حـ : « عن الدينار الثمن » .

(٢) كذا فى ب و حـ . وفى الأصل و ا : « رديئا مما سمى » .

(٣) « المبرىء » من ب . وفى الأصل و ا و حـ : « والمشترى » . وفى الكاسانى (٥ : ٢١٨ : ١٠) : « ولو أبى المبرىء أو الواهب أو المتصدق أن يأخذ ما أبرأ أو وهبه أو تصدق يجبر على القبض . لأنه بالامتناع عن القبض يريد فسخ العقد وأحد العاقدين لا ينفرد بالفسخ » .

(٤) « له » ليست فى ا و حـ .

(٥) راجع فيما سبق الهامش ٣ .

(٦) « فساد » ليست فى ا و حـ . راجع فيما سلف الهامش ٣ .

(٧) و (٨) « دراهم » من ا و ب و حـ .

(٩) فى ا و حـ : « من قرض أو بغصب » .

(١٠) هكذا فى ا و حـ . وفى الأصل و ب : « بيع » — وقد تكون « بيع » بمعنى « مبيع » (المصباح) .

على[١] ذلك: لم يكن قصاصا ـ وهذا جواب الاستحسان ؛ والقياس أن لا يجوز ، وهو قول زفر .

والثانية ـ أن يصير قصاصا وإن لم يتقاصا، وهو أن تكون العشرة دينا[٢]، على بائع الدينار ، بقبض مضمون ، بعد عقد[٣] الصرف ـ بأن غصب منه عشرة أو أقرضه عشرة ، وسلمها إليه ، فيصير قصاصا بثمن الصرف وإن لم يتقاصا[٤] .

والثالثة ـ وهو أن تجب العشرة، على بائع الدينار ، بعقد متأخر عن عقد الصرف: فلا يصير قصاصا بثمن الصرف[٥]، وإن تقاصا[٦] .

وأصل هذه المسائل ذكرناها[٧] فى البيوع[٨] .

---

(١) هكذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل :« وإن لم يجعلا ذلك » .

(٢) « دينا » ليست فى ا و حـ .

(٣) فى ا و حـ « قبل عقد » . وفى ب « بعقد ». والكاسانى تكلم على هذه المسألة فى السلم وهو نفس الحكم فى الصرف (الكاسانى ٥ : ٢١٨ : ٨ ـ ٧ من أسفل و ٢٠٧ : ٩) فقال « فأما إذا وجب بالقبض كالغصب والقرض فإنه يصير قصاصا سواء جعلاه قصاصا أو لا بعد أن كان وجوب الدين الآخر متأخرا عن العقد لأن العقد إن انعقد موجبا قبضا حقيقة فقد وجد ههنا لكن قبض الغصب والقرض قبض حقيقة فيجعل عن قبض رأس المال لأنه واجب وقبض الغصب محظور وقبض القرض ليس بواجب فكان إيقاعه عن الواجب أولى » (الكاسانى ، ٥ ، ٢٠٦ : السطر الأسفل ـ ٢٠٧). راجع فى ذلك : الزيلعى، ٤ : ١٤٠ . وابن الهمام والبابرتى، ٥: ٣٧٩ ـ ٣٨١ .

(٤) فى ب :« وإن لم يتقابضا ». وفى الكاسانى: « سواء جعلاه قصاصا أو لا » ـ راجع فيما سلف الهامش ٣ .

(٥) « وإن لم يتقاصا والثالثة ... بثمن الصرف » ساقطة من ا و حـ .

(٦) فى ا و ب و حـ :« وإن تراضيا » .

(٧) « ذكرناها » من ب . وفى ا و حـ :« ذكرنا ».

(٨) أصل هذه المسائل مسألة الاستبدال. وقد ذكرها فى باب السلم (راجع ص ١٩ ـ ٢٠ هـ ٢) وهذا أشار الكاسانى إلى ذلك فى الصرف (٥ : ٢١٨ : ٢٧ ـ ٢٨) وأحال على ما ذكره فى السلم (٥ : ٢٠٦ : ٢٣ ـ ٢٠٧) . وانظر فيما تقدم الهامش ٣ .

باب آخر

منه

أصل[١] الباب أن ما يجوز البيع فيه متفاضلا ، يجوز فيه البيع مجازفة، ومالا يجوز فيه البيع متفاضلا، لا يجوز فيه البيع مجازفة .

. . .

ـ إذا باع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، مجازفة ـ لا يجوز، لأنه لا يجوز البيع فيه متفاضلا ، فكذلك[٢] المجازفة، لاحتمال الزيادة في أحدهما[٣].

ويستوى الجواب بين أن لا يعرف المتبايعان وزن كل واحد منهما ، أو كانا يعرفان وزن واحد دون الآخر، أو كان أحدهما يعرف والآخر لا يعرف[٤].

فإن وزنا فى المجلس ، فكانا سواء فى الوزن: فالبيع جائز، استحسانا ، وإن تفرقا قبل الوزن ، ثم وزنا ، واستويا فى الوزن . فالبيع فاسد .

وقال زفر : إذا استويا فى الوزن، جاز[٥] فى الحالين .

والقياس ما قاله، لأن الفساد لأجل احتمال الفضل، وقد تبين أنه لا فضل، ولكنا نقول: إن علم المتعاقدين بالتساوى بين البدلين شرط[٦] جواز

---

(١) فى ا و ح : « قال رحمه الله : أصل » .

(٢) هكذا فى ب . وفى الأصل : « وكذلك » .

(٣) « لا يجوز لأنه لا يجوز البيع ... فى أحدهما » ساقطة من ا و ح .

(٤) « يعرف والآخر لا يعرف » من ا و ب و ح .

(٥) فى ا و ح : « فالبيع جائز » .

(٦) فى ا و ح : « بالتساوى الذى هو من شرط » .

العقد ، فيعتبر عند العقد[١] ، إلا أن المجلس حكم حالة واحدة ، فكان كالعلم عند العقد .

— وأما إذا كان بخلاف الجنس، بأن باع الذهب بالفضة مجازفة : جاز[٢] ، لأنه جاز البيع فيهما متفاضلا — ولهذا قالوا : إذا باع قاب فضة محشوا[٣] ، بدرهم[٤] ، <و> لا يعلم قدر وزن[٥] القلب : فالبيع باطل ، وقال زفر : جائز ، إلا أن يعلم التفاضل .

وعلى هذا :

— القسمة إذا وقعت فيما يجرى فيه الربا : لا[٦] تجوز مجازفة فى الجنس الواحد ، وتجوز فى مختلفى الجنس .

— ولو باع السيف بالسيف، وأوانى الصُّفر[٧] بجنسها ، مجازفة : جاز ، لأنه جاز التفاضل[٨] .

— ولو باع فضة فيها غش ، بفضة مثلها ، والفضة غالبة ، فحكمها حكم الفضة : لا يجوز بيعها[٩] بالفضة الخالصة إلا سواء بسواء ، يدا بيد .

(١) « فيعتبر عند العقد » ليست فى ا .
(٢) « جاز » ساقطة من حـ .
(٣) « محشوا » ليست فى ا وغير واضحة فى حـ .
(٤) فى ب و حـ : « بدراهم » .
(٥) « وزن » من ا و حـ . وفى ب : « لا يعلم وزن القلب » .
(٦) « لا » ليست فى ب .
(٧) الصفر النحاس . وفى ب و حـ : « الصفير » .
(٨) انظر الكاسانى ، ٥ : ١٨٥ : ١٦ .
(٩) « بيعها » من ا و ب و حـ .

وإن كان الغش هو الغالب: فحكمها[١] حكم النحاس الخالص: لا يباع بالنحاس[٢] إلا مثلا بمثل، يدا بيد.

وإن كان الغش مع الفضة سواء: فيكون حكمه حكم الفضة في أنه[٣] لا يجوز أن يباع إلا وزنا، ولا يجوز بيعه مجازفة وعددا. وإذا قوبل بالفضة الخالصة في البيع، يراعى فيه طريق الاعتبار: إن علم أن الفضة الخالصة أكثر، حتى تكون الفضة بإزاء الفضة وزنا، والزيادة بإزاء الغش: جاز البيع[٤]. وإن كانت الفضة الخالصة أقل من الفضة التي في المغشوش، أو مثلها، أو لا يدرى[٥]: لا يجوز، لما فيه من الربا.

ـــ ولو باع سيفا محلى بذهب أو فضة: إن باع بجنس الحلية والثمن أكثر من الحلية: جاز، وتكون الحلية[٦] بيعا، بمثل وزنها، والفضل[٧] بإزاء الجفن والحمائل، لأن الأصل عندنا في تقسيم الثمن على المبيع، إذا كان أشياء بعضها من جنس الثمن والبعض لا[٨]، صرف الثمن إلى جنسه بمثل وزنه[٩] على وجه فيه تصحيح العقد ما أمكن، وذلك في صرف بعض

(١) هكذا في ب. وفي الأصل و ا و حـ: «فحكمه».

(٢) «بالنحاس» ليست في ا و حـ.

(٣) كذا في حـ و ب. وفي الأصل و ا: «في أن».

(٤) «جاز البيع» من ا و حـ. وقد نقل الشلبي على الزيلعي (٤: ١٤١) هذه العبارة عن التحفة ولكنه قدم «جاز البيع» على «حتى تكون الفضة... الخ».

(٥) «أو لا يدرى» ليست في ب.

(٦) «الحلية» من ا و ب و حـ.

(٧) في ب: «والفضة».

(٨) «بعضها... لا» من ا و ب و حـ.

الثمن إلى جنسه بمثل وزنه[١] والبعض إلى خلاف الجنس على طريق الاعتبار وذلك ما قلنا .

وأما إذا كان الثمن مثل الحلية أو أقل : <فـ> لا يجوز ، لأنه يبقى الجفن والحمائل فضلا فى بيع الربا .

وكذلك إذا كان لا يعلم أو[٢] اختلف التجار فى ذلك: فإن علم أن الحلية أقل فى المجلس[٣] : يكون جائزا عندنا[٤] ، وإن علم بعد الافتراق : لا يجوز عندنا ـ خلافا لزفر ، كما فى بيع[٥] المجازفة[٦] .

وهذا إذا قبض حصة[٧] الحلية فى المجلس ، فأما إذا تفرقا قبل أن يتقابضا ، أو قبض أحدهما دون الآخر ـ فإنه ينظر :

إن كانت الحلية[٨] مما لا يتخلص عن السيف إلا بضرر : فسد البيع كله[٩] .

وإن كانت تتخلص بغير ضرر : جاز فى السيف ، وفسد[١٠] فى

---

(١) « بمثل وزنه » من ا و ب و حـ ـ فعبارة ا و ب و حـ كما يأتى : « لأن الأصل عندنا فى تقسيم الثمن على المبيع ، إذا كان أشياء بعضها من جنس الثمن والبعض لا ، على وجه فيه تصحيح العقد ما أمكن ، والتصحيح فى صرف بعض الثمن إلى جنسه بمثل وزنه ، والبعض إلى خلاف الجنس ، على طريق الاعتبار ، وذلك ما قلنا » .

(٢) فى ب : « و » .

(٣) فى ا و ب و حـ : « وإن علم فى المجلس أن الثمن أكثر » .

(٤) « عندنا » ليست فى ا و ب و حـ .

(٥) « بيع » من ا و ب و حـ .

(٦) راجع فيما تقدم ص ٣٩ـ٤٠ .

(٧) « حصة » من ا و ب و حـ .

(٨) « الحلية » من ا و ب و حـ .

(٩) فى ا و حـ : « فى كله » .

(١٠) فى ب : « وبطل » .

الحلية ، لأن العقد بقدر الحلية يكون صرفا ، وفى حق السيف يكون بيعا مطلقا ، والتقابض شرط صحة الصرف لا غير - فإذا كانت تتخلص الحلية من غير ضرر ، فكأنهما شيئان منفصلان ، ولهذا جاز العقد فى أحدهما دون الآخر ، ولذا جاز أن يبقى . فأما إذا كانت لا تتخلص إلا بضرر فسد كله: فى حصة الحلية: لعدم التقابض، وفى حصة السيف: لأنه بيع شىء لا يمكن تسليمه إلا بضرر يلحق البائع ، وابتداء البيع على هذا الوجه مفسد للبيع ، فكذا فى حالة البقاء ، كما إذا باع جذعا فى سقف[1] ، حتى لو فصل الحلية عن السيف ، وسلم : جاز ، ويجبر المشترى لتغير[2] صفة المبيع .

— ولو باع السيف المحلى بجنس الحلية[3] أو بخلاف جنسه < ا > من الذهب والفضة ، والثمن أكثر من الحلية ، ولأحدهما خيار الشرط فى البيع، أو[4] كان شرط تأجيل الثمن[5] فى[6] العقد، ثم تفرقا عن[7] قبض:

< ف > إن كانت الحلية مما لا يتميز إلا بضرر: فسد البيع فى الحلية ، بالتأجيل والخيار المفسدين للصرف[8] ، وفسد فى السيف، لأنه لا يجوز

---

(١) راجع ح ٢ ، ص ٦٧ - ٦٨ . والكاسانى ، ٥ : ١٦٨ : ١-٣ و ١٣-١٤ .

(٢) هكذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « لتعيين » وقد تكون « لتغيير » .

(٣) فى ب : « بجنس ما فى الحلية » . وفى ا و ح : « بجفن ما فى الحلية » .

(٤) فى ا و ح : « او » .

(٥) « والفضة والثمن أكثر ... تأجيل الثمن » ليست فى ب .

(٦) هكذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « من » .

(٧) هكذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « من غير » - راجع الكاسانى ، ٥ : ٢١٩ : ٢٢ .

(٨) هكذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « المفسد من الصرف » . وراجع فيما تقدم ص ٣٥-٣٦ .

إفراده بالعقد ، لما فيه من إلحاق[1] الضرر بالبائع ، بالتسليم منفصلا .

وإن كانت تتميز من غير ضرر : فسد العقد فيهما عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، لأن الصفقة اشتملت على الصحيح والفاسد ، والفساد فى نفس المعقود عليه. وفى مثل هذا يشيع الفساد فى الكل عندهما .وعند محمد: يجوز البيع فى السيف ويبطل فى الحلية ، لأن الصفقة اشتملت على الصحيح والفاسد، وللفاسد قيمته[2] ،فيصح فى الصحيح، ويفسد فى الفاسد.

. . .

وإذا اشترى من الرجل قلب فضة وزنه عشرة ، بعشرة ، وافترقا عن قبض[3] ، ثم حط البائع عنه درهما أو زاده المشترى درهما، وقبل الآخر ذلك : فالبيع فاسد عند أبى حنيفة.وقال أبو يوسف:الحط والزيادة فاسدان،والعقد الأول صحيح. وقال محمد: الحط جائز[4]،والزيادة فاسدة، والعقد الأول صحيح ـ وهذا فرع[5] اختلافهم فى الشرط الفاسد : يلتحق بالعقد ويفسده[6] عند أبى حنيفة ، فإذا وجدت الزيادة والحط والتحقا بالعقد يجعل[7] كأن العقد فى الابتداء على هذا الوجه ، فيفسد ،

---

(١) « إلحاق » من ا و حـ .

(٢) « وللفاسد قيمته » من ب و ا .

(٣) هكذا فى ب . وفى الأصل : « من غير قبض ». و«عن قبض» ليست فى ا و حـ ففيهما: « وافترقا ثم حط » .

(٤) فى ا و حـ : « صحيح » .

(٥) فى ا و حـ : « نوع » .

(٦) الهاء من ب .

(٧) فى ا و حـ : « التحقا بالعقد فجعل » .

للتفاضل[١] ، فى مال الربا — وإنما شرط القبول فى الحط ههنا عنده ، لأنه يتعلق به فسخ العقد ، فلا يملكه أحد العاقدين إلا برضا الآخر. ومن أصل أبى يوسف أن الشرط الفاسد لا يلتحق بالعقد. فيسقط اعتبار الزيادة والحط جميعا[٢] ، وأما محمد فقوله مثل قول أبى يوسف إلا أنه يقول : الزيادة فاسدة ، فلا تلتحق بالعقد[٣] ، والحط صحيح ، لأنه يمكن أن يجعل هبة مبتدأة ، كحط[٤] جميع الثمن[٥] .

فأما إذا كان[٦] بخلاف الجنس، بأن باع قلب فضة وزنه عشرة بدينار، والمسألة بحالها : صح الحط والزيادة ، بالإجماع ، ويلتحقان بأصل العقد ، فيشترط قبض هذه الزيادة ، فى المجلس — حتى لو افترقا قبل قبض الزيادة فى[٧] مجلس الزيادة : يفسد العقد فى حصة الزيادة ، لأن الزيادة صارت ثمن الصرف . و[٨] فى الحط : تفرقا أو لم يتفرقا ، فهو صحيح ، لأن الفضل فى خلاف الجنس[٩] جائز ، ويجب عليه رد ما حط[١٠] .

. . .

---

(١) فى ا و حـ: « فى الابتداء اشتماله (وفى ا : اشتمل) على وجه يفسد لتفاضل » . وفى ب : « فيفسد التفاضل » .

(٢) « جميعاً » من ب .

(٣) « بالعقد » من ا و حـ . وفى حـ : « ولا يلتحق بالعقد » .

(٤) فى ا و ب و حـ : « لحط » .

(٥) راجع ص ٨٢-٨٣ من الجزء الثاني .

(٦) فى ب « إذا باعه » .

(٧) هكذا فى ا و حـ . وفى الأصل و ب : « قبل القبض فى » .

(٨) « و » ليست فى ا و حـ .

(٩) فى حـ : « بخلاف الجنس ». وفى ب : « فى خلاف جنس الثمن » .

(١٠) أى « وأما الحط فجائز سواء كان قبل التفرق أو بعده، لأن الحط وإن كان يلتحق بأصل العقد فيؤدى إلى التفاضل، لكن التفاضل عند اختلاف الجنس جائز ولا زيادة ههنا حتى يشترط قبضها فصح الحط ووجب عليه رد المحطوط ، لأن الحط لما التحق بأصل العقد تبين أن العقد لم يقع على قدر المحطوط من الابتداء فيجب رده » الكاساني ، ٥ : ٢١٦ : ٢٦ وما بعده .

ولو باع دينارا و[١] درهما، بدرهمين ودينارين - جاز[٢] عندنا، ويصرف الجنس إلى خلاف الجنس، خلافا لزفر والشافعي.

. . .

وعلى هذا الخلاف إذا قوبل أبدال من جنسين مختلفين، بأبدال من جنسين مختلفين، في أموال الربا، في المكيل والموزون: فإنه يصرف الجنس إلى خلاف الجنس، والمسألة معروفة.

. . .

ولو كسر حلية سيف، أو سوارا: فإنه يضمن قيمة الصياغة - بخلاف جنسه، لأن هذه جودة متقومة، لحصولها بصنع العباد، ولكن لا يمكن تضمينه من جنسه، لأنه يؤدي إلى الربا، فيجب التضمين بخلاف الجنس.

. . .

فصل[٣] - **القرض**[٤] جائز فيما له مثل من جنسه، لأنه يجب عليه رد المثل.

والأجل في القرض باطل[٥]، شرط في الأصل[٦] أو طرأ عليه، لأن أخذ مثل القرض كعين القرض، فيكون فاضلا[٧] في العين، وهو باطل[٨].

---

(١) هكذا في ب. وفي الأصل: «أو».
(٢) «ويجب عليه رد ما حط ... ودينارين جاز» ساقطة من حـ و ا.
(٣) «فصل» من ا. وقد تكلم الكاساني على القرض في «كتاب» مستقل (البدائع، ٧ : ٣٩٤).
(٤) في الأصل: «قال: القرض».
(٥) بمعنى أنه لا يلزم بخلاف سائر الديون (راجع في بيان ذلك بالتفصيل: الكاساني، ٧: ٣٩٦).
(٦) «في الأصل» من ا و حـ. وفي ب: «في القرض».
(٧) في ب تشبه أن تكون «تأجيلا». وكذا في الأصل.
(٨) راجع في بيان ذلك بالتفصيل: الكاساني، ٧ : ٣٩٦.

ولو استقرض فلوسا أو دراهم ، ثم كسدت : فعند أبى حنيفة يجب عليه رد مثلها ، وعند أبى يوسف ومحمد : رد قيمتها[١] ، لكن عند أبى يوسف تعتبر القيمة يوم القرض ، وعند محمد فى آخر وقت نفاقها قبل أن تكسد ؛ وهذا كالاختلاف بينهما فيمن غصب مثليا وانقطع : قال أبو يوسف : تجب قيمته يوم الغصب ، وعند محمد : يوم الانقطاع[٢] .

فاذا باع الفلوس[٣] **بخلاف جنسها** : فإنها لا تتعين إن كان ما يقابلها من العروض بمنزلة الدراهم ، وإن كان ما يقابلها من الدراهم والدنانير[٤] لا تتعين[٥] أيضا — لكن إذا افترقا من غير قبض أحدهما ، يفسد العقد ، لأنه[٦] افتراق عن دين بدين ، وإن قبض أحدهما : جاز ، ولا يشترط قبضهما ، لأنه ليس بصرف .

وأما إذا باع الفلوس **بعضها ببعض** .

< ف > إن كان عينا بعين ، فإنه يجوز عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، متفاضلة أو متساوية ، لأنها إنما[٧] لا تتعين لعدم الفائدة ، وفى التعيين فائدة ،

---

(١) راجع الكاسانى ، ٧ : ٣٩٥ : ١٢ — ١٧ .

(٢) راجع فيما تقدم ص ٥٥ من الجزء الثانى . ونقل الشلبى على الزيلعى هذه العبارة عن التحفة كما هى هنا (٤ : ١٤٢) . وانظر فى بيان ذلك : الكاسانى ، ٧ : ٣٩٥ : ١٢ — ١٧ .

(٣) الفلوس جمع فَلْس والفَلْس القطعة المضروبة من النحاس يتعامل بها (المنجد) . وهو ثمن بالاصطلاح ، سلعة فى الأصل : فإن كان رائجا كان ثمنا وإن كان كاسدا فهو سلعة مثمن (الزيلعى ، ٤ : ١٤٥) .

(٤) « والدنانير » من ا و ب و حـ .

(٥) ا و حـ : « لا يتعين » ولعل الأوضح أن يقال : « فإنها لا تتعين » . وانظر الكاسانى ، ٥ : ١٨٥ : ١٩ .

(٦) زاد هنا فى ب : « إذا » .

(٧) « لا » ليست فى ا و حـ .

ولو باع دينارا و[١] درهما، بدرهمين ودينارين - جاز[٢] عندنا، ويصرف الجنس إلى خلاف الجنس، خلافا لزفر والشافعي.

. . .

وعلى هذا الخلاف إذا قوبل أبدال من جنسين مختلفين، بأبدال من جنسين مختلفين، في أموال الربا، في المكيل والموزون: فإنه يصرف الجنس إلى خلاف الجنس، والمسألة معروفة.

. . .

ولو كسر حلية سيف، أو سوارا: فإنه يضمن قيمة الصياغة - بخلاف جنسه، لأن هذه جودة متقومة، لحصولها بصنع العباد، ولكن لا يمكن تضمينه من جنسه، لأنه يؤدي إلى الربا، فيجب التضمين بخلاف الجنس.

. . .

فصل[٣] - **القرض**[٤] جائز فيما له مثل من جنسه، لأنه يجب عليه رد المثل.

والأجل في القرض باطل[٥]، شرط في الأصل[٦] أو طرأ عليه، لأن أخذ مثل القرض كعين القرض، فيكون فاضلا[٧] في العين، وهو باطل[٨].

---

(١) هكذا في ب. وفي الأصل: «أو».
(٢) «ويجب عليه رد ما حط ... ودينارين جاز» ساقطة من حـ و ا.
(٣) «فصل» من ا. وقد تكلم الكاساني على القرض في «كتاب» مستقل (البدائع، ٧ : ٣٩٤).
(٤) في الأصل: «قال: القرض».
(٥) بمعنى أنه لا يلزم بخلاف سائر الديون (راجع في بيان ذلك بالتفصيل: الكاساني، ٧: ٣٩٦).
(٦) «في الأصل» من ا و حـ. وفي ب: «في القرض».
(٧) في ب تشبه أن تكون «تأجيلا». وكذا في الأصل.
(٨) راجع في بيان ذلك بالتفصيل: الكاساني، ٧ : ٣٩٦.

ولو استقرض فلوسا أو دراهم ، ثم كسدت : فعند أبي حنيفة يجب عليه رد مثلها ، وعند أبي يوسف ومحمد : رد قيمتها[١] ، لكن عند أبي يوسف تعتبر القيمة يوم القرض ، وعند محمد في آخر وقت نفاقها قبل أن تكسد ؛ وهذا كالاختلاف بينهما فيمن غصب مثليا وانقطع : قال أبو يوسف : تجب قيمته يوم الغصب ، وعند محمد : يوم الانقطاع[٢] .

فإذا باع الفلوس[٣] **بخلاف جنسها** : فإنها لا تتعين إن كان ما يقابلها من العروض بمنزلة الدراهم ، وإن كان ما يقابلها من الدراهم والدنانير[٤] لا تتعين[٥] أيضا — لكن إذا افترقا من غير قبض أحدهما ، يفسد العقد ، لأنه[٦] افتراق عن دين بدين ، وإن قبض أحدهما : جاز ، ولا يشترط قبضهما ، لأنه ليس بصرف .

وأما إذا باع الفلوس **بعضها ببعض** .

< ف > إن كان عينا بعين ، فإنه يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، متفاضلة أو متساوية ، لأنها إنما[٧] لا تتعين لعدم الفائدة ، وفي التعيين فائدة ،

---

(١) راجع الكاساني ، ٧ : ٣٩٥ : ١٢ ـ ١٧ .

(٢) راجع فيما تقدم ص ٥٥ من الجزء الثاني . ونقل الشلبي على الزيلعي هذه العبارة عن التحفة كما هي هنا (٤ : ١٤٢) . وانظر في بيان ذلك : الكاساني ، ٧ : ٣٩٥ : ١٢ ـ ١٧ .

(٣) الفلوس جمع فَلْس والفَلْس القطعة المضروبة من النحاس يتعامل بها (المنجد) . وهو ثمن بالاصطلاح ، سلعة في الأصل : فإن كان رائجا كان ثمنا وإن كان كاسدا فهو سلعة مثمن (الزيلعي ، ٤ : ١٤٥) .

(٤) « والدنانير » من ا و ب و حـ .

(٥) ا و حـ : « لا يتعين » ولعل الأوضح أن يقال : « فإنها لا تتعين » . وانظر الكاساني ، ٥ : ١٨٥ : ١٩ .

(٦) زاد هنا في ب : « إذا » .

(٧) « لا » ليست في ا و حـ .

وهو جواز[١] العقد. وعند محمد: لايجوز متفاضلة[٢]، لأنها ثمن، فيكون[٣] كبيع الدرهم[٤] بالدرهمين.

فأما إذا كان الكل دينا[٥] أو أحدهما: فالمشهور من الرواية عنهم أنه لايجوز. وعن أبي يوسف[٦]: يجوز — والمسألة تذكر[٧] في الخلافيات[٨] و[٩].

(١) «لأنها إنما ... جواز» من ا و ب و حـ غير أنه في ا و حـ سقطت «لا» ففيهما: «إنما تتعين» بدلا من «إنما لاتتعين».

(٢) في حـ: «المتفاضلة». وفي ا: «التفاضل».

(٣) «فيكون» من ا و ب و حـ.

(٤) في حـ: «الدراهم».

(٥) راجع فيما تقدم الهامش ٣ ص ٣٣ و الهامش ٣ ص ٤٧ وفيما يلي الهامش ٩.

(٦) في ا: «وعن أبي حنيفة».

(٧) «تذكر» من حـ.

(٨) في ب: «والمسألة تعرف في المختلف». و زاد في ب: «والله تعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب».

(٩) قال الزيلعي (٤: ١٤٥): «الأموال أنواع:

نوع ثمن بكل حال، كالنقدين: صحبه الباء أو لا، قوبل بجنسه أو بغير جنسه.

ونوع مبيع بكل حال، كالثياب والدواب والعبيد.

ونوع ثمن من وجه، مبيع من وجه، كالمكيل والموزون غير النقدين: فإنه إن كان معيناً في العقد كان مبيعاً، وإن لم يكن معيناً وصحبه الباء وقوبل بالمبيع فهو ثمن.

ونوع ثمن بالاصطلاح، وهو سلعة في الأصل، كالفلوس: فإن كان رائجاً كان ثمناً. وإن كان كاسداً فهو سلعة مثمن.

وهذا لأن الثمن مايثبت ديناً في الذمة عند العرب — كذا ذكره الفراء، والنقود لاتستحق بالعقد إلا دينا في الذمة، فكانت ثمناً بكل حال. والعروض لاتستحق بالعقد إلا عيناً فكانت مبيعة. والمكيل والموزون غير النقدين يستحق بالعقد عينا تارة وديناً أخرى. فكان ثمناً في حال مبيعا في حال.

ومن حكم الثمن أن لايشترط وجوده في ملك العاقد عند العقد، ولا يبطل العقد بفوات تسليمه، ويصح الاستبدال به في غير الصرف والسلم.

ومن حكم المبيع أن يشترط وجوده قبل العقد في غير السلم، وأن لا يصح الاستبدال به قبل قبضه.

ومن شرطها أن لايجوز التفاضل عند المقابلة بالجنس في المقدرات، وأن يجب تعيينها فيما يتعين وقبضها فيما لايتعين. وفي غير المقدرات يجب تعيينها فقط. وإن قوبل بخلاف جنسه: فإن كان البدلان من المقدرات يجب تعيينهما إن كانا يتعينان بالتعيين إن جمعهما القدر كالحنطة والشعير، وإن كانا لايتعينان يجب قبضهما كالذهب والفضة. وإن لم يجمعهما القدر كالحنطة والفضة أو الفلوس مع أحد النقدين أو كان أحدهما مقدرا والآخر غير مقدر كالثياب مع النقدين أو غيرهما من المقدرات يجب تعيين أحد البدلين دون الآخر كي لايكون كالئا بكالئ».

وراجع: التحفة، حـ ٢، ص ٥١ وما بعدها.

كتاب

الرهن [1]

يحتاج إلى [2] :

بيان شرعية عقد الرهن ،

وإلى بيان ركنه ،

وإلى بيان شرائط جوازه ،

وإلى بيان ما يصلح مرهوناً ،

وإلى بيان ما يكون مرهوناً به ،

وإلى بيان حكم الرهن ، وما يتعلق به من الأحكام .

أما الأول — فنقول :

الرهن عقد شرع وثيقة بمال .

عرفت [3] مشروعيته [4] بالنص ، وهو قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا » إلى أن قال « فرهان مقبوضة » [5] .

---

(١) عبارة « كتاب الرهن » ساقطة من ب .

(٢) فى الأصل : « قال: يحتاج إلى». وفى ا و حـ : « قال رحمه الله : يحتاج الى» .

(٣) التاء من ا و ب و حـ .

(٤) فى ا و حـ : « شرعيته » .

(٥) البقرة : ٢٨٢-٢٨٣ - « يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ... وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة » .

وروى عن النبي عليه السلام أنه اشترى من يهودى طعاماً ، نسيئة ، ورهن به درعه[١] .

وأما بيان ركنه

فهو الإيجاب والقبول ـ فالإيجاب قوله[٢] : « رهنتك هذا بمالك علىّ من الدين » ، أو قوله : « خذ هذا الشيء رهنا بدينك » ـ ونحو ذلك .

وأما شرائط جوازه

فمنها ـــ القبض ، وهو عندنا .

وقال مالك : يصح بالإيجاب والقبول .

وهو خلاف النص : قال الله تعالى : « فرهان مقبوضة » .

ومنها ـ دوام القبض ، بأن يكون محوزا فى يده[٣] ، لأن مقصود الرهن هو الاستيثاق ، وذلك[٤] لا يحصل إلا بهذا .

ومنها ـ أن يكون منفصلا عن غيره ، غير متعلق بما لم[٥] يقع عليه عقد الرهن .

وعلى هذا قلنا : إن رهن المشاع لا يصح . وقال الشافعى : يصح . والصحيح ماقلناه[٦] ، لأنه لا يقدر على تسليمه إلا بالتهايؤ ، وذلك يوجب فوات القبض على الدوام[٧] .

---

(١) الدرع : قميص من زرد الحديد يلبس وقاية من سلاح العدو . مؤنث وقد يذكر (المنجد ـ وانظر القاموس) .

(٢) فى ا و حـ : « والقبول وهو قوله » .

(٣) « فى يده » من ا و ب و حـ .

(٤) فى ا و ب و حـ : « والاستيثاق » .

(٥) فى حـ : « عن غيره متعلق مالم » .

(٦) « والصحيح ما قلناه » من ا و حـ .

(٧) « على الدوام » من ا و ب و حـ . وانظر فيما بعد ص ٥٤ .

ويستوى الجواب فى المشاع الذى ينقسم والذى لا ينقسم ، ومن الشريك وغيره .

وأما الشيوع الطارىء : <ف> يبطل الرهن فى رواية الأصل[١] .
وروى ابن سماعة عن أبى يوسف أنه لا يبطل .

وأما إذا رهن بيتا بعينه[٢] ، من دار بعينها : جاز ، لأنه ليس بشائع — ولهذا قلنا إنه[٣] لا يجوز رهن ثمرة فى شجرة[٤] بدون الشجرة[٥] ، ولا الشجرة بدون الكرم[٦] ، حتى يحوزه[٧] ويسلمه إلى المرتهن ، وكذا رهن شجر فى أرض بدون الأرض ، وكذا إذا رهن زرعا دون الأرض ، أو[٨] الأرض دون الزرع : لأن الرهن متصل بما ليس برهن ، فلا يصح التسليم ، وإن رهن النخل والشجر والكرم بمواضعها من الأرض : جاز ، لأنه يمكن قبضها ، بما فيها ، بالتخلية[٩] .

. . .

ولو قال : « رهنتك هذه الدار أو هذه الأرض أو هذه القرية » — يدخل فى الرهن كل ما كان متصلا بالمرهون : من البناء فى الدار ، والشجر

---

(١) فى ب : « الأصول » . وفى البابرتى (٨ : ٢٠٥ : ١٣) : « فى رواية الأصل » . وفى الكاسانى (٦ : ١٣٨ : ١٠ من أسفل) : « فى ظاهر الرواية » .

(٢) هكذا فى ب . وفى الأصل و ا و حـ : « شيئا » بدلا من « بيتا بعينه » .

(٣) « إنه » من ا و ب و حـ .

(٤) و (٥) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « شجر » .

(٦) كذا فى ا و حـ وفى الأصل : « فى شجر بدون الشجر والكرم » . وفى ب : « فى شجرة بدون الشجرة ولا الكرم حتى » .

(٧) فى ب : « يحرزه » .

(٨) كذا فى ا و ب . وفى الأصل و حـ : « و » .

(٩) هكذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « من النخيلة » .

مع الثمر والزرع والرطب فى الأرض ـ لأن الرهن لا يجوز بدون ما يتصل به ، فكان إطلاق العقد ينصرف إلى ما فيه تصحيحه .

. . .

ولو رهن دارا ، وفيها متاع قليل أو كثير ، أو حبوب ، أو شىء مما ينتفع به ، دون[1] هذه الأشياء : لم يصح الرهن ، حتى يسلم الدار فارغة عنها .

ولو رهن الدار بما فيها ، صح إذا سلم الدار إليه ، وخلى بينه وبين الدار بما فيها[2] ، ويصير الكل رهنا .

ولو رهن دارا ، والراهن والمرتهن فى جوفها ، فقال : « رهنتها منك وسلمتها إليك » وقال المرتهن : « قبلت » ـ لم يتم الرهن حتى يخرج الراهن من الدار ثم يقول الراهن : « قد سلمتها إليك » ـ لأنه لا يصح التسليم إلى المرتهن ، وهو فى الدار ، فإذا خرج فلا بد من تسليم جديد .

. . .

ثم **قبض الأب**[3] ، <و> الوصى ووكيل المرتهن ، كقبضه .

. . .

وكذا **قبض العدل** : كقبضه ، لأنه يمسك الرهن للمرتهن . ولكن لا يملك نقض يده[4] والرد إلى يد الراهن . وليس[5] له أن يقبضه < المرتهن > إلا بإذن الراهن ، لأنه لم يرض بإمساك المرتهن ، حيث

---

(١) هكذا فى ب . وفى ا و حـ : « بدون » . وفى الأصل : « من » . والعبارة فى ا و حـ كما يأتى : « ... أو شىء مما ينتفع به لم يصح الرهن بدون هذه الأشياء حتى يسلم الدار فارغة عنها » .

(٢) « بما فيها » من ا و ب و حـ .

(٣) « الأب » من ا و ب و حـ .

(٤) هكذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « ولهذا يملك بقبض يده » .

(٥) هكذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « لكن ليس » .

جملاه فى يد العدل ، وشرطا فى عقد الرهن أو بعد الرهن[١] .

فأما إذا شرطا أن يكون فى يد العدل، وأن يبيعه بدينه ويقضى به دينه — فيصح، ولكن لا يملك الراهن نقض هذه الوكالة إلا برضا المرتهن، لأن البيع صار حقا من حقوق الرهن[٢] ، زيادة وثيقة فى حق المرتهن بطلبه .

ولو[٣] لم يكن مشروطا فى الرهن[٤]، ثم أمر العدل بعد ذلك ببيعه — فهذا توكيل بالبيع : < فـ > يملك الراهن عزله والنهى عن البيع ، وإذا مات الراهن ، ينعزل هذا الوكيل — وفى الفصل الأول لا يملك الراهن[٥] عزله[٦] ، ولو مات لا[٧] ينعزل الوكيل عن البيع .

وأما بيان ما يصلح مرهونا

فكل مال ، متقوم ، يجوز أن يكون مبيعا — لأن حكمه ملك الحبس بالدين ، ليقضى منه الدين ، إذا عجز عن القضاء إلا به ، فلا بد من أن يكون مالا متقوما .

---

(١) العبارة فى الكاسانى (٦ : ١٤٨ : ٤ من أسفل) كما يلى : «للعدل أن يمسك الرهن بيده وبيد من يحفظ ماله بيده وليس له أن يدفعه إلى المرتهن بغير إذن الراهن ولا إلى الراهن بغير إذن المرتهن ، قبل سقوط الدين ، لأن كل واحد منهما لم يرض بيد صاحبه حيث وضعاه فى يد العدل . ولو دفعه إلى أحدهما من غير رضا صاحبه فلصاحبه أن يسترده ويعيده إلى يد العدل كما كان » — وذلك بعد قوله (ص ١٤١ — ١٤٢) : « وكذا قبض العدل يقوم مقام قبض المرتهن » .

(٢) « الرهن » ساقطة من ا و حـ .

(٣) فى ا و حـ : « وإن لم » . وفى ب : « ولم » .

(٤) فى ا و حـ : « فى العقد » .

(٥) « الراهن » من ا و حـ .

(٦) « وإذا مات الراهن ينعزل ... عزله » ليست فى ب .

(٧) « لا » ليست فى ا و حـ .

ولهذا لا يجوز أن يكون المدبر ، وأم الولد ، والمكاتب[١] ، والحر - رهنا ، لأنه لا يمكن استيفاء الدين من هؤلاء .

وكذلك لا يجوز أن يكون الخمر ، والخنزير - رهنا ، سواء كان العاقدان مسلمين ، أو أحدهما مسلما والآخر ذميا[٢] ، لأن الرهن للإيفاء والاستيفاء ، وإيفاء الدين من الخمر والخنزير لا يجوز من المسلم ، وكذا الاستيفاء من المرتهن المسلم .

ثم في حق **أهل الذمة** يجوز الرهن والارتهان بالخمر والخنزير ، لأنهما[٣] مال عندهم ، ولا يجوز بالميتة والدم ، لأنهما ليسا[٤] بمال أصلا .

وكذا **المشاع** ، والثمرة المعلقة من الشجرة ، والزرع النابت[٥] في الأرض - لا يصلح رهنا ، لأنه لا يتحقق فيه التسليم[٦] .

وأما بيان ما يجوز أن يكون مرهونا به - فنقول :

الدين يصلح أن يكون مرهونا به على كل حال ، سواء كان ثمن[٧] بيع ، أو ضمان إتلاف ، ونحو ذلك ، لأن الرهن للاستيفاء ، واستيفاء الدين من ثمن الرهن متحقق .

وأما الأعيان المضمونة فعلى وجهين :

---

(١) راجع في الجزء الثاني : باب أم الولد (ص ٤٠٨ وما بعدها) وباب المدبر (ص ٤١٢ وما بعدها) وباب الكتابة (ص ٤١٨ وما بعدها) .

(٢) « والآخر ذميا » ليست في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « ذمي » .

(٣) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل « لأنه » .

(٤) هكذا في ب . وفي الأصل وا و حـ : « لأنها ليست » .

(٥) في ب و حـ : « الثابت » . (٦) راجع فيما تقدم ص ٥٠ - ٥٢ .

(٧) هكذا في ب . وفي الأصل وا : « بثمن » . وفي حـ كذا : « بثمر » .

ما كان منها مضمونا بنفسه ، كالمغصوب – < ف > يجوز الرهن به .
والمضمون بنفسه ما يجب، عند هلاكه[١] ، مثله إن كان مثليا وقيمته إن لم يكن له مثل .

وأما الأعيان المضمونة بغيرها – فلا يجوز الرهن بها ، كالمبيع فى يد البائع : مضمون بالثمن ، لا بنفسه ، على معنى أن المبيع إذا هلك يسقط الثمن ، < إذ >[٢] لا يجب بهلاكه شيء على الضامن ويصير به مستوفيا للدين .

وأما الأعيان التي ليست بمضمونة – كالودائع ، والعوارى ، والمستأجر ، ومال المضاربة ، و[٣]الشركة : <ف> لا يجوز الرهن بها ، لأن ماليس بمضمون لا يصير المرتهن[٤] مستوفيا بهلاكه .

. . .

ويجوز الرهن ببدل الصلح عن دم العمد ، وببدل الخلع ، والمهر ، لأنها مضمونة بأنفسها ، فإنها إذا هلكت يجب مثلها إن كان لها مثل ، وقيمتها إن لم يكن لها مثل .

. . .

ثم إذا هلك الرهن ، والعين المضمونة قائمة فى يد الراهن ، يقال له: « سلم العين التى فى يدك ، وخذ من المرتهن الأقل من الدين[٥] ومن

---

(١) الهاء من ب .
(٢) فى الأصل و ا و ب و حـ : « اما لا يجب ... » – راجع الكاسانى ، ٦ : ١٤٣ : ٧ .
(٣) « المضاربة و » ليست فى ا و حـ ففيهما : « ومال الشركة » .
(٤) « المرتهن » من ا و حـ .
(٥) المراد بالدين هنا قيمة العين المضمونة لأنها واجبة بهلاك العين أو منعها (راجع الكاسانى ، ٦ : ١٤٣ : ٣ – ٧) .

قيمة الرهن » ـ لأن المرهون مضمون عندنا كذلك .

وإن هلكت العين المضمونة قبل هلاك الرهن[١] ، فيصير الرهن رهناً بقيمة العين المضمونة ، فإذا هلك الرهن ، بعد ذلك، هلك بالأقل من قيمته ومن قيمة العين التي كان رهناً بها[٢] .

. . .

ولا يجوز الرهن بقصاص ، في نفس[٣] ، أو فيما دونها ، لأنه لا يمكن استيفاء القصاص من الرهن .

وإن كانت الجناية خطأ ، جاز الرهن بأروشها ، لأنه يمكن[٤] الاستيفاء من الرهن .

وأما حكم الرهن

فعندنا ملك العين في حق الحبس ، حتى يكون < المرتهن > أحق بإمساكه ، إلى وقت إيفاء الدين[٥] .

. . .

وإذا مات الراهن فهو[٦] أحق به من سائر الغرماء، فيستوفي منه دينه ، فما فضل يكون لسائر الغرماء والورثة .

ولهذا لا يجوز للراهن أن يتصرف فيه تصرفاً يبطل حق المرتهن من البيع والإجارة والهبة وغيرها[٧] .

(١) في ا و ح : « العين » .
(٢) في ا و ب و ح : « ومن قيمة الرهن الذي كان رهنا » .
(٣) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « في نفسه » .
(٤) في ب : « لا يمكن » .
(٥) أي « ملك حبس المرهون على سبيل الدوام إلى وقت الفكاك » الكاساني ٦ : ١٤٥ : ٢
(٦) أي المرتهن .
(٧) « ولهذا لا يجوز للراهن ... وغيرها » ليست في ب .

ولهذا لايجوز له أن ينتفع بالمرهون ، نوع انتفاع ، من الاستخدام والركوب ، ونحو ذلك .

. . .

وكذلك **زوائد الرهن**: تكون رهناً عندنا و[1] هو أحق بالإمساك. ويكون أحق به[2]، بعد وفاته ، كما في حق الأصل ـ إلا أن الزوائد غير مضمونة عليه ، حتى لا يسقط[3] الدين بهلاكها[4] .

. . .

وليس للمرتهن أن يبيع الرهن بدينه ، إلا إذا سلطه الراهن على بيعه ، أو سلط العدل على ذلك .

. . .

فإن أعار المرتهن الرهن من الراهن[5]، أو الراهن من المرتهن: فإنه يجوز ، ويخرج الرهن من ضمان المرتهن، وعقد[6] الرهن على حاله، ولكل واحد منهما أن يبطل العارية، ويرد<ه> إلى[7] الرهن، لأن العارية غير لازمة.

. . .

وعلى هذا : إذا غصبه غاصب : يخرج عن ضمان المرتهن[8] ، ولكن الرهن قائم ـ حتى إن للمرتهن أن يأخذ<ه> من الغاصب ويرد<ه>

وأما إذا آجره الراهن من المرتهن : <ف> يخرج من الرهن ، ولا يعود أبداً . لأن الإجارة عقد لازم، فالإقدام عليه يكون فسخاً للرهن.

وكذلك لو آجر الراهن ، من غير[1] المرتهن ، فأجازه المرتهن – أو المرتهن من غيره فأجازه الراهن : جازت الإجارة ويخرج من الرهن ، لما قلنا[2] .

ولو باع الراهن أو المرتهن[3] ، وأجاز صاحبه : فإنه يجوز البيع ، ويصير الثمن رهناً مكانه ، قبض من المشترى أو لم يقبض ، لأن الثمن قائم مقام الرهن ، وإن كان الثمن[4] في ذمة المشترى . ولا يجوز[5] رهن الدين ابتداء[6] ، ولكن يجوز البقاء[7] ، كالعبد الرهن : إذا قتل ، تكون قيمته رهناً ، حتى لو توى الثمن في ذمته ، أو هلك المقبوض : فإنه يهلك من مال المرتهن ، ويسقط الدين بقدره ، كما لو كان في يده .

. . .

وللمرتهن أن يطالب الراهن بإيفاء الدين مع عقد الرهن ، إذا لم يكن

---

(١) في ا : « من غير إذن المرتهن » .

(٢) « أو المرتهن . . . قلنا » من ا و ب و ح .

(٣) « الراهن أو المرتهن » من ا و ب و ح .

(٤) كذا في ا و ح . وفي الأصل و ب : « والثمن وإن كان في ذمة المشترى » – انظر الكاساني ، ٦ : ١٤٦ : ٨ وانظر الهامش التالى .

(٥) في ا و ح : « لا يجوز » . وفي ب : « فلا يجوز » .

(٦) في ا : « لا يجوز الرهن به ابتداء » .

(٧) في ا و ح : « بقاء » – ويبينه قول الكاساني (٦ : ١٤٦ : ٦ من أسفل) « وكان ثمنه رهنا سواء قبضه من المشترى أو لم يقبضه . ولو هلك كان الهلاك على المرتهن . وهذا يشكل على الشرط الذى ذكرنا لجواز الرهن وهو أن لا يكون المرهون دينا والثمن دينا في ذمة المشترى فكيف يصلح رهنا ؟ والجواب أن الدين يصلح رهنا في حال البقاء وإن كان لا يصلح ابتداء ، لأنه في حالة البقاء بدل المرهون ، وبدل المرهون مرهون ، لأنه قائم مقام المرهون كأنه هو ، بخلاف حالة الابتداء » .

مؤجلاً ، لأن الرهن شرع لتوثيق الدين ، فلا يسقط حق المطالبة إلا[1] بالأداء .

ويجوز للراهن أن يوكل المرتهن ببيعه ، واستيفاء الدين[2] منه .

ولو قال الراهن « إن جئتك بحقك إلى وقت كذا وإلا فهو لك[3] » : لم يجز ، وهو رهن على حاله ، لأن التمليك لا يتعلق بالشرط .

ولا يجوز للحاكم أن يبيع الرهن بدينه ، بعد حلول الأجل ، إذا كان مفلساً ، عند أبي حنيفة ، ولكن يحبس الراهن حتى يبيعه ، وعند أبي يوسف ومحمد : يبيعه[4] — وهذا فرع[5] مسألة الحجر على الحر .

. . .

وأما **نفقة الرهن** فعلى وجهين :

فكل نفقة ومئونة كانت لمصلحة الرهن وتبقيته : فعلى الراهن .

وكل ما كان لحفظه أو ارده[6] إلى يد المرتهن ، أو ارد جزء منه فات بسبب حادث : فعلى المرتهن .

بيانه أن الرهن ـ إذا كان حيواناً : فنفقته وكسوته على الراهن .

وإن كان الرهن أمة ، فولدت : فأجر الظِئْر على الراهن .

---

(١) « إلا » من ا و ب و حـ .

(٢) فى ا و حـ : « الثمن » .

(٣) فى ا و حـ : « وإلا فهو بدينك أو بحقك » . وفى ب : « فهو بدينك أو يقع بحقك » .

(٤) فى ب : « يجوز » .

(٥) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « نوع » .

(٦) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « الرد » .

وإن كان الرهن بستاناً فيه أشجار وكرم : فسقيه ، وتلقيح نخله ، وجداده [١] ، والقيام بمصلحته على الراهن . وكذا الخراج [٢] . فأما العشر : ففي الغلة [٣] والزرع : يأخذه الإمام ، والباقي رهن عنده .

وكذا [٤] أجر الراعي : عليه ، لأنه يحتاج إليه لعلف الحيوان ، فهو كالطعام والشراب .

ويستوي الجواب [٥] فيه بين أن يكون الرهن مضموناً أو أمانة ، كزوائد الرهن أو ما فضل من قيمة الرهن على الدين [٦] ، لأن [٧] كله ملكه : فعليه كفايته ومئونته .

وأما ما يحتاج إليه للحفظ ـ كأجرة المسكن ، وأجرة الحافظ ، ومأوى البقر والغنم : فعلى المرتهن .

وكذا ما يحتاج [٨] لرد العين إلى يد المرتهن ـ كجعل الآبق : فعليه ، إن كان [٩] قيمة الرهن والدين سواء ، وإن كان بعضه أمانة : فعليهما [١٠] على قدر الأمانة والضمان .

---

(١) جد النخل جدادا صرمه أي قطع ثمره (المغرب) .

(٢) زاد هنا في ا و ب و ح : « عليه » .

(٣) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « النخلة » .

(٤) « كذا » من ب . وفي ا و ح : « وكذلك » .

(٥) « الجواب » من ا و ب و ح .

(٦) في ا و ح : « وما فضل من قيمة الدين » . وفي ب : « وما فضل من الرهن من قيمة الدين » .

(٧) في ا و ب و ح : « لأنه » .

(٨) زاد هنا في الأصل : « فيه » .

(٩) في ا : « كانت » .

(١٠) في ا و ح : « فعليه » .

وأما ما يجب لرد جزء من العين إلى يد المرتهن الذى فات بسبب عارض – كمداواة الجراح والقروح والأمراض : فهو منقسم عليهما[١] : فما كان من حصة المضمون : فعلى المرتهن ، وما كان من حصة الأمانة : فعلى الراهن .

. . .

وما وجب على الراهن، ففعله المرتهن ، بغير أمر الحاكم – فهو متبرع فيه . وإن كان بأمره : يرجع به على الراهن[٢] .

وكذا ما وجب على المرتهن ، فأداه الراهن، بغير أمره – فهو متبرع.

. . .

ثم للراهن أن يمتنع[٣] من إيفاء الدين عند محل الأجل ، حتى يحضر المرتهن الرهن ، لأنه ربما يكون هالكاً أو غائبا . فإذا أحضر الرهن يقال للراهن[٤] : « سلم الدين إليه أولا ثم اقبض الرهن » ، حتى يتعين حقه ، فيكون عيناً بعين ، كما فى البيع .

. . .

ولو جنى المرتهن ، على الرهن ، أو غيره ، جناية[٥] : يجب عليه قيمته ، أو مثله إن كان الرهن مثلياً . ثم إن لم يكن الدين حالاً : يكون رهناً

---

(١) « عليهما » من ا و حـ .

(٢) « به على الراهن » ليست فى ا و ب و حـ .

(٣) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « يمنع » .

(٤) فى ب : « فإذا أحضر الراهن الرهن يقال المرتهن » – والصحيح : « فإذا أحضر المرتهن الرهن يقال للراهن » – كما هو واضح .

(٥) « جناية » من ب . ولعل الأوضح أن يقال : « ولو جنى المرتهن ، أو غيره ، على الرهن ، جناية » .

مكانه[١]، وإن كان الدين حالاً أو حل: فإن كان مثل دينه فى الجنس والصفة، يصير المرتهن[٢] مستوفياً لدينه . وإن كان هو[٣] المتلف: يصير قصاصاً، بقدر الدين، ويترادان الفضل .

. . .

وإن كان الرهن عبداً، فجنى على إنسان، خطأ - فإن ضمان الجناية على المرتهن، ويقال للمرتهن أولاً: «افد العبد عن أرش الجناية» - وإنما يخاطب هو بذلك أولاً، لما أن فيه إبقاء حقه، وهو الرهن، لأنه إذا فدى طهر العبد عن الجناية، فجعل كأن الجناية لم تكن، فيبقى الدين والرهن[٤] على حاله . ولا يرجع على الراهن بشىء من الفداء، لأنه أصلح الرهن باختياره . وليس للمرتهن أن يدفع العبد بحال، لأن الدفع تمليك الرقبة، وهو لا يملك تمليك مال الغير بغير إذنه .

وإن لم يفد وأبى ذلك، يقال للراهن: «ادفع أو افده» - فأيهما اختار: بطل الرهن والدين، لأن عين العبد، أو بدله، وهو الفداء، صار مستحقاً بسبب كان عند المرتهن، فجعل كأنه هلك الرهن[٥].

ولو استهلك العبد المرهون مال إنسان، وذلك يستغرق الرقبة: فإن أدى المرتهن الدين[٦]، الذى لزم العبد المرهون[٧]: بقى[٨] الرهن

(١) فى ا: «تكون قيمة الرهن مكانه» وفى حـ: «يكون الرهن مكانه» .
(٢) «المرتهن» من ا و حـ .
(٣) فى ا كذا: «وإن كان الرهن هو» . وفى حـ كذا: «وإن كان الدين هو» . انظر الكاساني، ٦: ١٦٣: ٢٠ وما بعده .
(٤) فى ا و ب و حـ: «فى الرهن» . وفى حـ: «فيبقى الرهن فى الرهن» .
(٥) راجع الكاساني، ٦: ١٦٦
(٦) «الدين» من ا و ب و حـ .
(٧) «المرهون» من حـ .
(٨) هكذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل: «فبقى» .

والدين على حاله ، وفرغ العبد عن الدين . وإن أبى أن يؤدى الدين : قيل للراهن: « بعه فى دينه أو اقض دينه » ـ فإن قضى دينه : بطل دين المرتهن على الراهن ، ويخرج العبد عن الرهن ، لأنه استحق بسبب كان عند المرتهن ، فيكون عليه . وإن لم يقض دين العبد : يباع العبد فى الدين الذى لحقه ، فيأخذ صاحب دين العبد دينه [١]. ويبطل بمقدار ذلك من دين المرتهن : فإن [٢] كان دين المرتهن أقل : كان [٣] ما بقى من ثمن العبد للراهن ، وإن كان دين المرتهن أكثر من دين الغريم : استوفى المرتهن ما بقى من دينه، وما فضل من ثمن العبد المرتهن إن كان الدين حل ، وإلا أمسك ما فضل رهناً فى يده إلى أن يحل الدين فيأخذه قصاصاً [٤] بدينه .

. . .

ولو رهن عبدين أو ثوبين، بألف درهم ، كل واحد منهما بخمسمائة، فأدى خمسمائة لم يكن له أخذ واحد منهما، حتى يؤدى كل الدين. وكذلك فى العبد الواحد ـ لأن كل جزء من الرهن محبوس بكل الدين ، فما لم يقبض [٥] الكل ، يكون له حق حبس الكل .

وإن كان الرهن شيئين أو أكثر ، فإنه ينقسم [٦] الدين عليهما ، على قدر قيمتهما يوم القبض ، لأنه صار مضموناً بالقبض .

---

(١) فى ب : « فيأخذ صاحب الدين العبد فى دينه » .
(٢) الفاء من ا .
(٣) كذا فى ا . وفى الأصل و حـ « فكان » . وفى ب :« ولن كان » .
(٤) فى ا و حـ : « قضاء » .
(٥) فى ب : « فما لم يقتض » .
(٦) أى فى حالة هلاك أحد الشيئين فى يد المرتهن .

ولو زاد فى الرهن شىء[١]، بأن ولدت الأمة المرهونة ولداً ، أو نحو ذلك ، فإنه ينقسم الدين[٢] على الأصل يوم القبض ، وعلى الزيادة يوم الفكاك، لأن الزوائد لا تكون مضمونة، وإن كانت محبوسة إلى يوم الفكاك.

• • •

ثم **الزيادة فى الرهن** جائزة عندنا: خلافاً لزفر ، كالزيادة فى[٣] المبيع، وينقسم الدين عليهما جميعاً ، ويعتبر قيمة الأصل يوم قبضه[٤]، ويعتبر قيمة الزيادة يوم الزيادة[٥] .

فأما **الزيادة فى الدين**: < ف > لا تجوز عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله. وعند أبى يوسف : تجوز ـ وهذه المسألة من مسائل الخلافيات .

• • •

ولو استعار من رجل شيئا ليرهنه بدينه، فأعاره منه، مطلقا ، ليرهنه: فله أن يرهنه ، بأى صنف[٦] من الدين ، وبأى قدر : قليلا أو كثيرا ، لأن هذا بمنزلة الإذن له بقضاء الدين من مال هو عنده وديعة ، وقد أذن[٧] مطلقا ، فيجب العمل بإطلاقه.

وإن سمى له قدرا أو إنسانا، بعينه أو فى بلد بعينه ـ فليس له أن يفعل بخلافه ، ولو فعل كان[٨] لصاحبه أن يأخذ الرهن ، لأنه لم يأت بما أمر

---

(١) كذا فى ا و حـ . وفى الأصل و ب : « شيئا » . راجع ص ٥٧ .

(٢) هكذا فى ا و حـ . وفى الأصل و ب : « الثمن » .

(٣) « فى » من ا و ب و حـ .

(٤) فى ا : « يوم القبض » .

(٥) « يوم الزيادة » ساقطة من حـ .

(٦) فى ا و حـ : « بأى صفة » .

(٧) زاد هنا فى ا و حـ : « له » .

(٨) « كان » من ا و حـ .

به ، فلم يصح الرهن ، فإن عجز الراهن عن قضاء الدين ، فقضاه المعير : فله أن يرجع ، ولا يكون متبرعا ، لأنه مضطر فى ذلك لوصوله إلى ماله ـ بمنزلة الوارث : إذا قضى دين الميت لتسلم له التركة : يرجع [١] فى التركة ، لما قلنا .

. . .

ولو رهن عبدا من إنسان ، ثم جاء برهن آخر حتى يكون مكان الأول ، وقبل المرتهن الرهن الثانى ـ جاز ، ويصير الثانى هو الرهن إذا [٢] قبض [٣] الراهنُ الأولَ ، لأنه ما [٤] رضى بالجمع بينهما رهنا ، ولا يصير الثانى رهنا إلا بعد انفساخ الأول ، ضرورة عدم الجمع . وإنما تقع [٥] الضرورة إذا قبض الأول . فأما إذا لم يقبض : بقى الأول رهنا دون الثانى ، حتى لو هلكا : يكون الثانى أمانة ، والأول هلك بدينه [٦] .

. . .

ولو أعتق الراهن العبد المرهون : ينفذ عتقه [٧] عندنا ، خلافا للشافعى ـ وهى مسألة معروفة [٨] .

(١) فى ح : « ويرجع » .

(٢) فى ا و ح : « لكن إذا » .

(٣) هكذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « قبضه » .

(٤) فى ا و ح : « لما » .

(٥) « تقع » من ا و ب و ح والذي فيها : « يقع » .

(٦) هكذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « فالأول بدينه » .

(٧) « عتقه » من ا و ح .

(٨) زاد فى ب : « والله أعلم » .

كتاب

الشفعة

يحتاج[1] فيه إلى :

بيان ما تجب به الشفعة ،

وإلى بيان شرائط الوجوب ،

وإلى بيان كيفية الوجوب ،

وإلى بيان الأحكام المتعلقة بالشفعة .

أما الأول ـ فنقول :

سبب استحقاق الشفعة أحد الأشياء الثلاثة : الشركة في البقعة ، والشركة في الحقوق ، والجوار على سبيل الملاصقة ـ وهذا عندنا .

وعند الشافعي : لا يستحق إلا بالشركة في البقعة ـ وهي مسألة معروفة .

• • •

ثم إنما تستحق الشفعة بها على الترتيب : فالشريك[2] في البقعة أولا[3] ، ثم الشريك في الحقوق ، ثم الجار الملاصق[4] ـ لأن الشفعة إنما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الأصيل ، والضرر على هذا الترتيب في العرف .

---

(١) في حـ و ا : « قال رحمه الله : يحتاج » .

(٢) « فالشريك » ساقطة من ا .

(٣) كذا في ب . وفي الأصل و حـ و ا : « أولى » .

(٤) انظر الهامش التالي .

فإن سلم الشريك فى البقعة : تثبت للشريك فى الحقوق وإن سلم هو: تثبت[١] للجار الملاصق[٢] .

. . .

ولا يثبت للجار[٣] المقابل، لأن ضرره دون ضرر هؤلاء ، والشرع ورد بالشفعة فى حق هؤلاء ، فلا يقاس عليهم غيرهم مع التفاوت فى الضرر .

وأما شرائط الوجوب

فمنها - عقد المعاوضة[٤] عن[٥] المال بالمال : فإنها لا تجب بهذه الأسباب إلا عند عقد البيع أو ما هو فى معناه من : الصلح ، والهبة بشرط العوض إذا وجد قبض البدلين، فأما إذا قبض أحدهما دون الآخر، فلا شفعة - وهذا عندنا ، خلافا لزفر : إنها[٦] تجب بنفس العقد - وهذا فرع مسألة بينهم: أن الهبة بشرط العوض: عقده[٧] عقد هبة ، وجوازه جواز البيع ، فما لم يتقابضا لا يكون فى معنى البيع . وعنده : عقده[٨] عقد بيع - وهى مسألة كتاب الهبة .

ولو وهب ثم عوض بعد العقد : فلا يجب الشفعة فيه ، ولا فيما هو[٩]

---

(١) « فإن سلم الشريك فى البقعة ... سلم هو تثبت » وردت في ح سابقة على هذا الموضع إذ جاءت بين « ثم الجار الملاصق » وبين « لأن الشفعة إنما تجب » . وانظر الهامش السابق والتالي .

(٢) فى ب : « وإن سلم ثبت الخيار للملاصق »

(٣) فى ب : « ولا يثبت الخيار للجار » .

(٤) فى ا و ب و ح : « معاوضة » .

(٥) كذا فى ح و ا . وفى الأصل : « عين » وفى ب كذا : « غير » .

(٦) فى ح : « لأنها »

(٧) و (٨) فى ح : « عقدها » .

(٩) « هو » ليست فى ب .

عوض عنه ، بأن جعل[1] العوض دارا ،لأن هذا ليس فى معنى البيع ، لأنه ليس بمشروط فى العقد .

ولهذا لايجب فى المملوك بمقابلة المنافع، بأن جعل الدار مهرا أو أجرة.

ولهذا لا يجب فى الدار[2] المملوكة[3] بغير بدل ، كالهبة والصدقة والوصية ، أو ببدل ليس بمال ، كبدل الخلع والصلح عن دم العمد .

ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله : إن من تزوج امرأة على دار على أن ترد عليه ألفا ،فلا شفعة فى شيء من الدار . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : تجب الشفعة .

واستحقاق الشفعة[4] فى البيع بشرط الخيار قد ذكر فى البيوع[5].

وفى البيع[6] الفاسد: إذاملك عندالقبض لا[7] يستحق الشفعة مالم[8] يبطل حق الفسخ ، إما لاتصال المبيع بزيادة ، أو بزوال ملك المشترى ، لأن حق الفسخ[9] ثبت لحق الشرع .

وإذا أخذ الشفيع المشترى شراء فاسدا بالشفعة: يأخذه[10] بقيمته يوم

---

(١) فى ح و ا : « جملا » .

(٢) « المملوك بمقابلة المنافع ... لايجب فى الدار » ليست فى ح و ا .

(٣) التاء من ا و ب و ح .

(٤) « الشفعة » ساقطة من ح و ا .

(٥) راجع فيما تقدم ص ١١٣ من الجزء الثاني .

(٦) « وفي البيع » من ا و ب و ح .

(٧) « لا » ليست فى ا و ح . وانظر الهامش التالي .

(٨) فى ح و ا : « عند القبض يستحق الشفعة واستحقاق الشفعة فى البيع مالم ».

(٩) فى ا و ح : « لأن حق المشترى حق الفسخ » .

(١٠) الهاء من ا و ح .

قبض[١] ، لأن القيمة فيه[٢] بمنزلة الثمن فى الشراء[٣] الصحيح .

ومنها – أن يكون المبيع عقارا أو فى معناه :

وقال مالك: يثبت فى المنقول الذى <هو> نظيره، وهو السفن[٤].

ولهذا قال : إذا بيعت[٥] الضيعة ببقرها ومماليك يعملون فيها – يجب الشفعة فى الكل .

وعندنا : لا يستحق فيما[٦] ليس بعقار من البقر والعبيد .

وأصله ما روى عن النبي عليه السلام أنه قال[٧] : « لا شفعة إلا فى ربع[٨] أو حائط » .

ويستوى الجواب عندنا فى[٩] العقار الذى تجوز قسمته والذى لا تجوز قسمته ، كالحمام والرحى والبئر والنهر والدور الصغار[١٠] .

وعند الشافعى : لا يجب فيما لا يقسم .

وإذا بيع[١١] سفل عقار دون علوه ، أو علوه دون سفله: تجب الشفعة –

---

(١) فى ا و ب و حـ : « يوم قبض المشترى » .

(٢) « فيه » ليست فى ب .

(٣) « الشراء » من ا و حـ . وانظر فيما يلي ص ٧٤ .

(٤) فى المدونة (١٤ : ١٠٨) أنه لا شفعة فى السفن .

(٥) فى ا : « وهذا إذا قال : بعت » . وفى حـ : « وهذا قال : بيعت » .

(٦) فى ب : « ما » .

(٧) « أنه قال » من ا و ب و حـ .

(٨) الربع هو الدار حيث كانت – وجمعه رباع وربوع (المغرب) .

(٩) « فى » من ا و ب و حـ .

(١٠) فى ب : « الصغار » . وفى حـ : « والدور والحفاير » . وفى ا : « والدور والصغاير » .

(١١) « بيع » من ا و ب و حـ .

أما فى بيع السفل: فلا[1] يشكل، لأنه عقار. وأما فى[2] بيع العلو وحده: <ف> قياس واستحسان، لأنه[3] ليس بعقار ولكن فى معناه، لأن حق التعلى يتعلق بالبقعة[4]، على التأبيد، فهو بمنزلة البقعة.

وأما بيان كيفية الوجوب - فنقول:

إن حق الشفعة يجب على طريق الفور، عندنا، نظرا من الجانبين.

وعند الشافعى: يجب وجوبا مؤبدا.

واختلفت الرواية[5] فى تفسير الفور: فى بعضها: أنه إذا علم بالبيع[6] ينبغى أن يطلب الشفعة ساعتئذ، فإذا سكت ولم يطلب، بطلت شفعته. وفى بعضها: أنه على المجلس - فإن محمدا ذكر فى «الأصل»: «إذا بلغ الشفيع البيع: إن لم يطلب الشفعة[7] مكانه: بطلت الشفعة».

وذكر الكرخى أن هذا ليس باختلاف رواية، وإنما هو على[8] المجلس، كخيار المخيّرة والقبول[9].

• • •

ثم الطلب نوعان:

---

(١) الفاء من ا و حـ .

(٢) « فى » من ب .

(٣) زاد هنا فى حـ و ا : « لن كان » .

(٤) « بالبقعة » ليست فى ا و ب و حـ .

(٥) فى ا و حـ : « الروايات » .

(٦) فى ب : « بالشفعة » .

(٧) « الشفعة » من ب .

(٨) فى ب : « فى » .

(٩) راجع فى الجزء الثانى : خيار القبول ص ٤٠ وما بعدها، وخيار المخيرة ص ٢٧٩ - ٢٧٨ وخاصة ص ٢٨١ . وانظر الصفحة التالية .

أحدهما : طلب مواثبة ـ وهو ما ذكرنا : فكلما علم ببيع الدار يطلب الشفعة[١] فيقول : «طلبت[٢] الشفعة وأنا طالبها» أو قال: «ادعيت الشفعة وأنا على شفعتى» ، ويشهد على ذلك ، حتى يتأكد الوجوب ، بالطلب على الفور ـ ويعلم أنه ليس بمُعْرِض، حتى يحصل المطالبة من الخصم بعد ذلك ـ من غير اشتغال بشىء ، مع القدرة على المطالبة .

وليس الإشهاد بشرط لصحة الطلب، ولكن للتوثيق[٣] ـ حتى إذا أنكر المشترى طلب الشفعة حين علم[٤] فيقول: «لم تطلب الشفعة حين علمت[٥] بل تركت الشفعة[٦] وقمت عن المجلس»، والشفيع يقول: «طلبت» ـ فالقول قول المشترى ، فلا بد من الإشهاد وقت الطلب ، توثيقا لحقه .

ولو لم يكن الشهود حاضرين ، فبعث فى طلبهم ، ومكث فى المجلس ، لا تبطل شفعته ، كما فى خيار المخيَّرة[٧] .

وعن أبى بكر الرازى[٨] أنه قال: إذا طلب الشفعة ثم قام عن المجلس[٩] إلى الشهود ، وأشهدهم على ذلك ـ جاز ، لأن الطلب يحتاج إليه ، لثبوت

(١) فى ب : « بطلت شفعته » .
(٢) فى ا و حـ : « أطلب » .
(٣) كذا فى ب و ا . وفى الأصل : « التوثق » . وفى حـ : « لتوثيق » .
(٤) « علم » ساقطة من حـ . وفى ا : « حين ذلك فيقول » .
(٥) « علمت » من ا و ب و حـ .
(٦) فى ا و ب و حـ : « تركت الطلب » .
(٧) راجع فى الجزء الثانى ص ٢٧٩ — ٢٨٨ وخاصة ص ٢٨١ . وراجع الصفحة السابقة .
(٨) راجع ترجمته فى الهامش ٥ ص ٢٠٦ من الجزء الأول .
(٩) « عن المجلس » ليست فى ا و حـ .

الشفعة ، فيما بينه وبين ربه ، والشهود يحتاج إليها ، للتوثيق الذى ذكرنا .

والطلب الثانى : المطالبة من الخصم ـ لأن المطالبة لا بد لها من مطالَب ومطلوب .

فإن كان المبيع لم يقبض بعد : فالشفيع بالخيار بين مطالبة البائع أَو المشترى أَو الطلب عند المبيع و[1] الإشهاد عليه ـ لأن المشترى مالك ، والبائع صاحب يد ، فيصح من الشفيع المخاصمة معهما لنقل الملك واليد . فأما المبيع[2] <ف> يتعلق الشفعة به ، فيقوم الطلب عنده مقام الطلب منهما[3] ، باعتبار الحاجة .

فأما إذا كان المبيع فى يد المشترى : لم يصح الإشهاد على البائع ، لأنه خرج من أن يكون خصما ، لزوال يده وملكه[4] ، ولكن له الخيار فى الإشهاد على المشترى أو عند العقار .

ثم ما ذكرنا من الاختيار إذا كان الشفيع حاضرا ، عند وقوع البيع ، بحضرة الدار والبائع[5] والمشترى .

وأما إذا عقد البيع فى غير الموضع الذى[6] فيه الدار ، والشفيع حاضر[7] ، فلم يطالبهما بالشفعة[8] ، وحضر موضع الدار وأشهد ثَمَّ : بطلت[9] ،

---

(١) فى ب : « أو » .
(٢) فى حـ و ا : « فأما إذا كان المبيع » . وفى ب : « فأما البيع » .
(٣) فى ب : « منها » .
(٤) « وملكه » ليست فى ا و حـ .
(٥) « والبائع » ليست فى ا .
(٦) « الذى » ليست فى حـ .
(٧) « حاضر » ليست فى حـ .
(٨) فى ا و حـ : « فلم يطلبها » . وفى ب : « فلم يطالبها بالشفعة » .
(٩) فى حـ : « وأشهد ثم طلب بطلت » .

شفعته ، حيث ترك المطالبة مع القدرة عليها[١] .

وإن كان الشفيع غائبا عن مجلس البيع ، فعلم ، فحضر موضع الدار ، ولم يطلب الشفعة ، وذهب حتى[٢] يجد البائع أو المشترى[٣] : تبطل شفعته ، لأنه ترك الطلب مع القدرة عليه .

. . .

فأما إذا بيعت الدار فى المصر الذى هى[٤] فيه ، والشفيع فى مصر آخر ، فعلم بذلك : فالجواب[٥] فى حقه والجواب فى حق الحاضر سواء: فى أنه يطلب على الفور ، ويشهد ، ثم يشتغل بالطلب من البائع أو[٦] المشترى ، أو الإشهاد عند الدار - إلا أن له الأجل بمقدار المسافة التى بينه وبين المصر الذى وقع فيه البيع من المتعاقدين ، حتى يذهب إليه بنفسه فيطلب الشفعة ، أو يبعث[٧] وكيلا لطلب الشفعة والإشهاد عليه ، وذلك الأجل من وقت العلم بالبيع وطلب[٨] المواثبة . فإذا مضى الأجل ، و[٩] لم يذهب بنفسه ، ولا بعث وكيلا لمطالبته الشفعة - تبطل شفعته .

. . .

وإذا وجد كلا الطلبين ، وصح الإشهاد على الوجه الذى ذكرنا ، فبعد[١٠]

---

(١) « عليها » من ا و حـ . وهى ليست فى ب . وفى الأصل : « عليه » .
(٢) « حتى » ليست فى ب .
(٣) فى حـ و ب : « والمشترى » .
(٤) كذا فى ب . وفى الأصل و ا و حـ : « هو » . وانظر مايلى فى المتن .
(٥) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « والجواب » .
(٦) فى حـ : « و » .
(٧) « أو يبعث » ليست فى ب . وفى حـ : « أو يبعثا » .
(٨) فى ب : « فطلب » .
(٩) الواو ليست فى ب .
(١٠) فى ب : « فعند » .

ذلك له أن يشتغل **بالمرافعة**[1] **إلى باب القاضي والخصومة**، لأخذ الدار بالشفعة.

فإن كان المبيع في يد البائع: فالقاضي[2] يحضر البائع والمشتري جميعا، ولا يقضي له بالشفعة حتى[3] يحضرا، لكونهما خصمين: أحدهما بيده، والآخر بملكه، لأن القضاء لا يجوز بدون حضرة الخصم.

وإن كان المبيع في يد المشتري: فالقاضي[4] يحضره لا غير، ويقضي عليه، لأن البائع خرج من أن يكون خصما لزوال يده.

. . .

فإذا قضى القاضي بالشفعة، والدار في يد البائع: انتقض البيع الذي بينه وبين المشتري، وينعقد البيع بينهما في المشهور من الرواية، وينتقل الصفقة إليه.

وروى عن أبي يوسف أن البيع لا ينتقض.

فعلى الرواية المشهورة: يسلم الشفيع الثمن إلى البائع، ويكون عهدة الشفيع على البائع، وهي[5] الرجوع بالثمن عند الاستحقاق، ويرجع المشتري على البائع بالثمن إن[6] نقده.

. . .

ثم الشفيع يأخذ الدار بالثمن الذي وقع عليه البيع، من الدراهم والدنانير والمكيل والموزون في الذمة، لأن تلك الصفقة[7] انتقلت إليه.

وإن كان الثمن من العروض فيأخذ بقيمته[8].

---

(١) في ا: «بالمدافعة».

(٢) كذا في ا و ب و حـ. وفي الأصل: «والقاضي».

(٣) «حتى» من ا و ب و حـ.

(٤) كذا في ا و ب و حـ. وفي الأصل: «والقاضي».

(٥) في ا و ب و حـ: «وهو».

(٦) في ا و حـ: «الذي».

(٧) في حـ و ا: «الصفة».

(٨) راجع فيما تقدم ص ٦٨ - ٦٩.

ثم القاضي يقضي بالشفعة سواء أحضر الشفيع الثمن أو لا ، في المشهور من الرواية عن[1] أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، ويأمر الشفيع بتسليم الثمن إليه للحال ، فإن لم يسلم: يحبسه. ولا ينقض الأخذ بالشفعة — لأنه بمنزلة الشراء . فإن طلب منه: حتى يذهب ويحضر الثمن — فالقاضي[2] لا يحبسه ، لأنه لم يوجد منه المطل[3]. وإن طلب الأجل يوما أو يومين : فالقاضي يؤجله ، إن رضي الخصم ، وإلا فيحبسه .

وقال محمد : لا[4] ينبغي للقاضي أن يقضي بالشفعة حتى يحضر[5] الثمن . فإذا أحضر الثمن يقضي بالشفعة ، ويأمر الشفيع بتسليم الثمن[6] إلى المشتري[7] . فإن قضى القاضي[8] له بالشفعة ، قبل إحضار[9] الثمن و[10] أمر الشفيع بدفع الثمن إليه من ساعته فقال : « لا أنقده إلى يوم أو يومين » أو « إلى شهر » ، وأبى المشتري أن يقبل ذلك ، لا يفسخ قضاه[11] ولا ينقض الأخذ بالشفعة ، ولكن يحبسه .

---

(١) في ا و ح : « عند » .

(٢) كذا في ا وب و ح . وفي الأصل : « والقاضي » .

(٣) في ا وب و ح : « لأن هذا لم يوجد منه المبطل » .

(٤) « لا » ليست في ح .

(٥) « يحضر » من ا وب و ح .

(٦) « الثمن » ليست في ح و ا .

(٧) قال الكاساني (٥ : ٢٤ : ٣ من أسفل) : « وهذا عندي ليس باختلاف على الحقيقة. وللقاضي أن يقضي بالشفعة قبل إحضار الثمن بلا خلاف ، لأن لفظ محمد رحمه الله: « ليس ينبغي للقاضي أن يقضي بالشفعة حتى يحضر الشفيع المال » لا يدل على أنه ليس له أن يقضي بل هو إشارة إلى نوع احتياط ... ولهذا لو قضى: جاز ونفذ قضاؤه — نص عليه محمد ... الخ » . وانظر ما يلي في المتن.

(٨) « القاضي » من ا و ح . (٩) « إحضار » ليست في ح و ا .

(١٠) في ح : « أو » . (١١) في ا وب و ح : « قضاؤه » .

والاحتياط من القاضى أن لا يقضى بالشفعة مالم[1] يؤجل للشفيع أجلا ويقول له: « إن لم تأت[2] بالثمن إلى هذا الأجل فلا شفعة لك » ـ حتى إذا امتنع وفرط فى الأداء: تبطل شفعته. فأما، بدون ذلك، إذا قضى بالشفعة: لا تبطل شفعته، بالتأخير.

• • •

ولو أن الشفيع[3]، بعد وجود الطلبين والإشهاد، إذا أخر المرافعة إلى باب القاضى ولم يخاصم هل تبطل شفعته؟ فقد اختلفت الروايات عن أصحابنا. والحاصل أن عند أبي حنيفة رحمه الله: لم تسقط الشفعة[4]، بالتأخير بعد الإشهادين، إلا أن يسقطها[5] بلسانه فيقول: « تركت[6] الشفعة ».

وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف. وفى رواية أخرى عنه: إذا ترك المخاصمة إلى القاضى فى زمان يقدر على المخاصمة فيه: بطلت شفعته ـ ولم يوقت.

وقال[7] محمد وزفر: إذا أخر المطالبة بعد الإشهاد شهرا من غير عذر: بطلت شفعته[8].

وعن الحسن[9] أنه قال: وهذا[10] قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف وزفر ـ وبه نأخذ.

• • •

(١) « لم » ليست فى ا و حـ.
(٢) كذا فى ا و ب و حـ. وفى الأصل: « يأت ».
(٣) « فأما بدون ذلك ... أن الشفيع » ليست فى حـ.
(٤) « عن أصحابنا ... لم تسقط الشفعة » ليست فى حـ و ا.
(٥) فى ب: « يسقطها ». وفى ا: « اسقط ». وفى حـ: « سقط ».
(٦) فى ا كذا: « لم أترك ». وفى حـ كذا: « لم ترك ».
(٧) فى حـ: « وروى ». وانظر الهامش التالي.
(٨) « ولم يوقت ... عذر بطلت شفعته » ليست فى ب.
(٩) لعله الحسن بن زياد، صاحب أبي حنيفة، المتوفى سنة ٢٠٤ هـ. (راجع اللكنوى، ٦٠ ـ ٦١)
(١٠) فى ب: « وهو ».

وذكر الكرخى أنه إذا حال بين الشفيع وبين الإشهاد، عند الدار أو على البائع أو المشترى، حائل لا يستطيع الشفيع[١] أن يصل إلى ذلك معه ولا أن يبعث[٢] وكيلا: فهو على شفعته إلى أن يزول الحائل المانع له، ثم يعود الأمر بينهم على ماذكرنا. لأن ترك المطالبة، مع المانع، لا يدل على الإعراض — ولهذا قالوا: إن حق الشفعة يجب عند البيع، ويتأكد بالطلب، ويثبت الملك به بقضاء القاضى أو بالتراضى من الخصمين.

وأما الأحكام

فكثيرة — نذكر بعض المشهور منها:

فمن ذلك — بيان ماتبطل به الشفعة ومالا تبطل، مما يحدث من الشفيع.

بيان ذلك:

— إذا اشترى الرجل دارا لها شفيع فساوم[٣] الشفيع المشترى فى[٤] الدار، لنفسه أو[٥] لغيره، أو سأله أن يوليه إياها[٦]، أو يشركه فيها[٧]، أو يؤاجرها منه، أو كانت أرضا فطلب منه المزارعة، أو نخلا أو[٨] كرما فسأله المعاملة — وذلك كله بعد ماعلم بالشراء: فذلك كله تسليم للشفعة[٩]، لأن هذا

(١) « الشفيع » من ا و ب و حـ .
(٢) فى ا و حـ : « ينصب » .
(٣) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « فساومه » .
(٤) « فى » ليست فى ا و حـ .
(٥) فى ب و حـ : « و » .
(٦) أى يملكه المبيع بمثل الثمن الأول من غير زيادة ولا نقصان — وهذا هو بيع التولية — راجع فى الجزء الثانى ص ١٥٤ و ١٦١ وما بعدها . وفى هذا الجزء ص ٢٠ – ٢١ .
(٧) الإشراك هو التولية فى بعض المبيع من النصف والثلث وغير ذلك (راجع حـ ٢ ص ١٥٥ . و حـ ٣ ص ٢٠ – ٢١) .
(٨) فى ب : « و » .
(٩) « أو نخلا ... تسليم للشفعة » ساقطة من ا و حـ .

دلالة الإعراض عن طلب الشفعة، لأن حكمها ينافي حكم أخذ[1] الدار بالشفعة.

— ولو باع الشفيع داره التي يشفع بها، بعد الشراء، للمشترى: تبطل شفعته، سواء علم بالشراء أو لم يعلم، لأنه بطل الجوار، الذي هو سبب الاستحقاق، قبل أخذ الدار بالشفعة.

— ولو سلم الشفعة قبل البيع، لا يكون تسليما، لأن الشفعة لم تثبت بعد، فلا يصح إبطاله.

ولو سلم بعد الشراء: تبطل الشفعة، سواء علم أو لم يعلم، بخلاف المساومة والاستئجار[2].

— ولو أخبر الشفيع أن[3] الشراء بألف درهم، فسلم الشفعة، ثم ظهر أن الثمن أكثر، أو أقل، أو على خلاف جنسه — فالأصل في هذه المسائل أنه إذا لم يحصل غرض الشفيع على الوجه الذي سلم: لم يصح التسليم، وإن حصل — صح:

<ف> إذا ظهر أن الثمن أكثر مما أخبر به: لم يبطل التسليم، لأن الشفيع إذا لم يصلح[4] له الشراء بالألف، فأولى أن لا[5] يصلح[6] بأكثر منه، فلا يفوت غرضه بما ظهر بخلاف ما أخبر.

ولو ظهر أن الثمن أقل: لا تبطل الشفعة، لأن التسليم يكون لكثرة

---

(١) « أخذ » ساقطة من حـ.

(٢) أي فيشترط العلم بالشراء — راجع المسألة الأولى ص ٧٧ — ٧٨.

(٣) « أن » من ا و ب و حـ.

(٤) في ا و ب: « لم يحصل ».

(٥) « لا » ساقطة من حـ.

(٦) في ب: « لا يحصل ».

الثمن عنده ، وأنها لا تساوى بها ، ويصلح له الدار[١] بالأقل .

ـــ ولو أخبر أن الثمن ألف درهم فإذا هو مائة دينار : فإن كان قيمتها ألف درهم[٢] أو أكثر : صح التسليم ، وإن كان أقل : فله الشفعة ، عندنا ، خلافا لزفر ، لما قلنا .

ـــ ولو أخبر أن الثمن ألف درهم[٣] أو مائة دينار ثم ظهر أنها بيعت بمكيل أو موزون قيمته[٤] مثل ذلك أو أقل : فتسليمه باطل ، لأنه يجوز أن يكون سلم ، لأنه لا يقدر على ذلك الجنس الذى أخبر ، وهو يقدر على الجنس الذى[٥] بيعت به[٦] .

ـــ وكذا إذا أخبر أنها بيعت بالحنطة ثم ظهر أنها بيعت بشعير قيمته مثل الحنطة[٧] أو أقل : فله الشفعة ، لما ذكرنا .

ـــ ولو أخبر أن الثمن دراهم أو دنانير ، ثم ظهر أن الثمن[٨] عرض من العروض الذى تجب الشفعة بقيمته : فإن كان مثله أو أكثر : فالتسليم صحيح ، وإن كان أقل : <ف> لا يصح ، لأن القيمة دراهم أو[٩] دنانير .

ـــ وإن أخبر أنها بيعت بعرض ثم ظهر أنها بيعت بجنس آخر من العروض : فهو على شفعته لما ذكرنا .

---

(١) « له الدار » ليست فى ا . وفى حـ : « ويصلح لهذه الدار » .

(٢) « درهم » من حـ و ا .

(٣) « درهم » من ا و ب .

(٤) « قيمته » ليست فى ا و حـ .

(٥) « الذى » من ا و ب و حـ .

(٦) « به » من ا . وفى ب : « سمت به » .

(٧) فى حـ و ا : « قيمته أكثر من ذلك الحنطة » .

(٨) « دراهم ... أن الثمن » ليست فى ا و حـ . (٩) فى حـ : « و » .

— ولو بلغه أنها بيعت نصفها[١] فسلم، ثم ظهر أنه باع الكل[٢]: فله الشفعة. وإن كان على عكس هذا: فلا شفعة له[٣]، لأن الإنسان ربما لا يرضى مع الشريك، فكان التسليم بناء عليه، ويرضى بالدار كلها[٤].

وفي رواية: الجواب على ضد ما ذكرنا.

— ولو أخبر أن المشتري زيد، فسلم[٥]، ثم ظهر[٦] أنه عمرو: فله الشفعة. وإن كانا[٧] قد اشترياها جميعا، أخذ نصيب الذي لم يسلم الشفعة فيه، لأن الإنسان قد[٨] يرضى بشركة واحد[٩] ولا يرضى بشركة غيره.

— ولو اشترى الرجل دارا صفقة واحدة، فأراد الشفيع أن يأخذ بعضها دون بعض، أو يأخذ ما يليه من الدار - ليس له ذلك، وإنما له أن يأخذ الكل أو يدع، لأن فيه تفريق الصفقة على المشتري.

— ولو اشترى دارين، صفقة واحدة، فأراد شفيعهما[١٠] أن يأخذ إحداهما[١١] ويترك الأخرى: فليس له ذلك، سواء كانت الداران متلاصقتين أو لا، وسواء كانتا في مصر واحد أو في[١٢] مصرين، لأن فيه تفريق الصفقة على المشتري.

---

(١) في حـ و ا: «بعضها».
(٢) في ا: «أنها بيعت كلها». وفي ب: «أنها بيع كلها».
(٣) «له» من ا و حـ.
(٤) كذا في ا و حـ. وفي الأصل و ب: «كله».
(٥) «فسلم» ليست في ا و حـ.
(٦) في ب: «علم».
(٧) في ا و حـ: «ولان كان».
(٨) «قد» ليست في حـ.
(٩) «واحد» ليست في حـ و ا.
(١٠) في ب: «شفيعها».
(١١) «أن يأخذ إحداهما» من ا و ب و حـ.
(١٢) «في» من ا و ب و حـ.

وقال زفر : له الخيار بين أن يأخذهما أو يأخذ[1] إحداهما .

— ولو كان الشفيع شفيعا لإحداهما دون الأخرى ، وقد وقع البيع صفقة واحدة : < ف > على قول أبي حنيفة وأبي يوسف : له أن يأخذهما ، وليس له أن يأخذ التي تجاوره ، بالحصة . وقال محمد : يأخذ التي تليه بالشفعة ، ولا شفعة له في الأخرى ، لما ذكرنا .

— ولو أن الشفيع وجد[2] الدار المبيعة منقوضة بعد الشراء أو[3] مهدومة ، فإنه ينظر : إن كان بفعل المشترى أو الأجنبي فهو بالخيار : إن شاء أخذ العرصة[4] بالحصة ، وإن شاء ترك . وإن انتقضت أو انهدمت بنفسها : فله الخيار : إن شاء أخذها بجميع الثمن ، وإن شاء ترك ، لأن أخذ الدار بالشفعة بمنزلة الشراء ، فيثبت الملك بالشفعة في العرصة[5] والبناء جميعا ، لكونه تبعا لها[6] ، والأتباع لا حصة لها من الثمن إذا فاتت[7] لا بصنع أحد ، فأما إذا فاتت[8] بصنع المشترى أو الأجنبي ، فصار[9] مقصودا[10] بالإتلاف والقبض ، فيصير لها حصة من الثمن ، وقد تغير المبيع فكان له الخيار على الوجه الذي ذكرنا .

— وإن كان المشترى كرما وفيه أشجار وثمار ، فقطع المشترى شجرها

---

(١) « يأخذ » من ا و حـ .
(٢) كذا في ا و حـ . وفي الأصل و ب : « إذا وجد » .
(٣) في حـ : « و » .
(٤) و (٥) عرصة الدار ساحتها وهي البقعة الواسعة التي ليس فيها بناء – قيل : وسميت كذلك لأن الصبيان يعترصون فيها أي يلعبون ويمرحون (المصباح) .
(٦) « لها » ليست في ب . (٧) و (٨) كذا في ب . وفي الأصل و ا و حـ : « فات » .
(٩) « فصار » من ا و ب و حـ . (١٠) لعل الأوضح : « فصارت مقصودة » .

أو جد ثمرها ، أخذ[١] بحصة[٢] الكرم ، ويحط قيمة ما أخذ منه .

وإن ذهبت بآفة سماوية : أخذها بجميع الثمن أو ترك ، لما قلنا .

فإن لم يكن ، في وقت الشراء ، فيه ثمر ، ثم أثمرت ، فجدها المشترى ، فإن الشفيع يأخذها بجميع الثمن إن شاء أو يترك ، ولا يدفع له بحصة الثمر[٣] ، لأنه لم يكن في أصل[٤] البيع ، فإن كان الثمر في أصل البيع[٥] : فهو كما ذكرنا ، من البناء والنخل .

— وإن كان المشترى أرضا ، فيها زرع[٦] : فإنه[٧] يأخذها الشفيع ، بزرعها[٨] ، بقلا كان أو مستحصدا ، لأنه تبع الأرض . فإن حصد المشترى الزرع ثم جاء الشفيع : فإني أقسم[٩] الثمن على قيمة الأرض وعلى قيمة الزرع ، وهو بقل ، يوم وقع عليه العقد ، فيأخذ الشفيع الأرض بما أصابها من الثمن ، ولا يقسم الثمن على قيمة الزرع وهو مستحصد — هذه رواية عن أبي يوسف .

---

(١) في حـ و ا : « أخذها » .

(٢) في ب : « بحصته » .

(٣) عبارة ا كما يأتي : « فإن الشفيع بالخيار : إن شاء أخذ بجميع الثمن وإن شاء ترك ولا يدفع حصة الثمن » . ويلاحظ أنه في ا و ب و حـ وردت كلمة « الثمن » بدل « الثمر » .

(٤) في ا و حـ : « في وقت » .

(٥) « فإن كان الثمر في أصل البيع » من ا و ب و حـ مع إبدال كلمة « الثمر » بكلمة « الثمن » .

(٦) كذا في ا و حـ . وزاد هنا في الأصل و ب : « مع الزرع » . ففي الأصل و ب : « فيها زرع مع الزرع » .

(٧) « فإنه » من ا و حـ .

(٨) في ا و حـ : « يأخذها الشفيع مع الزرع » .

(٩) في ا و حـ : « فإنه يقسم » .

وروى عن محمد أنه قال : أقوم الأرض وفيها الزرع ، وأقومها وليس فيها ذلك الزرع ، فما كان بين[1] ذلك فهو قيمة[2] الزرع ولا أقوم الزرع وهو بقل محصود[3].

. . .

ولو كان للدار شفعاء ، بسبب الشركة[4] ، فحضروا : فهى بينهم على عدد الرءوس ، عندنا .

وعند الشافعى : على قدر الأنصباء ـ وهى مسألة معروفة .

. . .

فإن سلم الشركاء إلا واحد : فله أن يأخذ الدار كلها[5].

وإن سلم البعض دون البعض : فالدار كلها بين من لم يسلم ، على قدر عددهم .

فإن سلم الشركاء كلهم : فللجيران[6] الشفعة ، على عددهم .

. . .

وعلى هذا : إذا بيعت دار فى زقاق غير نافذ : فأهله جميعاً شركاء فى الشفعة ، وهم أولى من الجيران[7] المتلاصقين الذين لا طريق لهم فى

---

(١) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « من » .

(٢) فى ا و حـ : « من قيمة » .

(٣) راجع فى بيان وجه كل : الكاسانى ، ٥ : ٥٩ : ٥ وما بعده . وانظر الهامش التالى .

(٤) « بسبب الشركة » ليست فى ا و حـ فى هذا الموضع وإنما وردت فيهما بعد قوله فيما تقدم : « وهو بقل محصود » .

(٥) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « كله » .

(٦) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « فللجوار » انظر الهامش التالى والهامش ٢ ص ٨٤

(٧) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « الجوار » . راجع الهامش السابق .

الزقاق ،لأن الشريك فى الطريق أولى . فإن سلم الشركاء فى الطريق ، الشفعة[١] ، فللجوار[٢] المتلاصقين .

. . .

ولو اختلف الشفيع والمشترى فى الثمن فقال المشترى : « اشتريتها بألفين » ، وقال الشفيع : « بألف » ـ فالقول للمشترى فى الثمن مع يمينه ، وعلى الشفيع البينة . فإن أقام الشفيع البينة : يقضى ببينته ، وإن أقاما جميعا البينة : فالبينة بينة الشفيع عند أبى حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : البينة بينة المشترى ـ وهى تعرف فى الخلافيات[٣] .

. . .

ولو اشترى الرجل ساحة ، فبناها[٤] ، ثم جاء شفيعها وطلب الشفعة ، فإنه يقضى له بالعرصة[٥] ، ويقال للمشترى « اقلع بناءك[٦] وسلم الساحة إلى الشفيع » عندنا . وروى فى رواية[٧] عن أبى يوسف أنه يقال للشفيع : « خذ الدار بالثمن وبقيمة البناء أو اترك » ـ وهو قول الشافعى[٨] وهى مسألة معروفة .

. . .

---

(١) « الشفعة » ليست فى ا .
(٢) الجوار جمع جار كجيران (المنجد) .
(٣) فى ب : « فى المختلف » .
(٤) « فبناها » ليست فى حـ . وفى ا : « فبنى فيها » .
(٥) راجع فيما تقدم الهامش ٤ ص ٨١ .
(٦) الكاف من ا و ب و حـ .
(٧) « فى رواية » من ا و ب و حـ .
(٨) « الشافعى » من ا و ب و حـ .

ولو أخذ الشفيع الدار بالشفعة، فبناها[١]، ثم استحقت الدار، فإن المستحق يأخذ الدار، ويقال[٢] للشفيع «اهدم بناءك»، ولا يرجع على المشترى بقيمة البناء إن كان أخذ الدار من يده، ولا على البائع إن كان أخذها[٣] منه، لأنه ليس بمغرور. ولكن يرجع على المشترى بالثمن، لأنه لم يسلم له المبيع.

. . .

ولو اشترى الرجل دارا بثمن مؤجل ـ فالشفيع بالخيار: إن شاء أخذها بثمن حال، وإن شاء انتظر إلى مضى الأجل، فإذا مضى الأجل أخذها[٤]، وليس له أن يأخذ بثمن مؤجل، لأن الأجل إنما ثبت بالشرط، ولم يوجد بين المشترى والشفيع.

. . .

ولو مات الشفيع بعد طلب الشفعة والإشهاد على المشترى، قبل أن يقضى له بالشفعة: تبطل الشفعة عندنا، ولا تثبت للورثة.

وعند الشافعى: يثبت للورثة.

فحق[٥] الشفعة لا يورث، عندنا، كالخيار ـ وعنده يورث.

. . .

---

(١) فى ا و حـ: «ولو أخذ الشفيع وبنى».

(٢) «الدار فإن المستحق يأخذ الدار» ساقطة من ا و حـ. ففيهما: «ثم استحقت: قيل»

(٣) فى هذا الموضع من حـ ورقة من كتاب الجنايات وهى الورقة ٢٠٥/٢٩١.

(٤) «فإذا مضى الأجل أخذها» من ا. وهى فى حـ و ب.

(٥) فى ب: «لأن حق». وفى ا و حـ: «وحق».

ولو اشترى رجل دارا لم يرها ، فبيعت بجنبها دار ، فأخذها بالشفعة : لم يبطل خياره . ولو كان له فيها خيار الشرط[١] : يبطل خياره — لأنه لو قال « أبطلت خيارى قبل الرؤية » : لم يبطل خيار الرؤية[٢] ، فلا يبطل بدلالة الإبطال ، ولو قال[٣] « أبطلت خيار الشرط » : يبطل — فكذا بالدلالة .

. . .

م الحيلة فى إبطال[٤] الشفعة هل هى مكروهة ؟

روى عن أبى يوسف أنها لا تكره .

وعن محمد أنه قال : أكره ذلك أشد الكراهة .

وعلى هذا : الخلاف فى إسقاط الزكاة ، قبل مضي الحول — والله أعلم .

---

(١) فى ح و ا : « وإن كان له خيار الرؤية » وليس فيهما : « ولو كان له فيها خيار الشرط »

(٢) « لم يبطل خيار الرؤية » من ا و ب و ح .

(٣) « ولو قال » من ا و ب و ح .

(٤) فى ا : « فى إسقاط » .

كتاب

الذبائح

يحتاج[1] إلى بيان :

ما يباح[2] أكله من الحيوان[3] ومالا[4] يباح ، وما يكره[5] ،

وإلى بيان شرائط الإباحة ،

وإلى بيان محل الذبح وكيفيته ،

وإلى بيان[6] مايذبح به ،

وإلى بيان أهلية الذبح .

أما الأول - فنقول :

إن الحيوان على ضربين : مالا[7] يعيش إلا في الماء ، ومالا يعيش إلا في البر .

---

(١) في حـ : « قال رحمه الله : يحتاج » .

(٢) في حـ و ا : « ما يحل » .

(٣) « من الحيوان » من ا و ب و حـ .

(٤) « لا » ساقطة من ا و حـ .

(٥) « وما يكره » من ا . وفي ب و حـ : « أو يكره » .

(٦) « بيان » من ا و ب و حـ .

(٧) « مالا » من ا و ب و حـ . وفي الأصل : « وما »

أما الذى لا يعيش إلا فى الماء :

فكله محرم الأكل ، إلا السمك خاصة بجميع أنواعه ، سوى الطافى منه : فإنه مكروه[١] ، لقوله عليه السلام : « أُحلت لنا ميتتان ودمان : السمك والجراد ، والكبد والطحال » ـ وهذا[٢] عندنا .

وقال الشافعى : السمك الطافى ، وجميع ما فى البحر ، حلال .

. . .

ثم عندنا ـ الطافى على وجهين : إن[٣] مات بسبب حادث : يؤكل ، وإن مات حَتْفَ أنفه : لا يؤكل .

وأصله ماروى عن جابر بن عبد الله الأنصارى[٤] أن النبي عليه السلام نهى عن أكل الطافى .

فأما الذى مات من الحر أو البرد أو[٥] كدر الماء : ففيه روايتان .

وقالوا فى سمكة ابتلعت سمكة : إنها تؤكل ، لأنها ماتت بسبب حادث .

. . .

وهو حلال فى حق المحرم والحلال جميعا .

وكذلك اصطياد مافى البحر : حلال[٦] فى حق المحرم والحلال .

---

(١) فى حـ و ا : « إلا السمك خاصة : فجميع أنواعه سواء إلا الطافى منه : فإنه يكره » .

(٢) « وهذا » ساقطة من حـ .

(٣) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « إما إن مات » .

(٤) هو أحد المكثرين الرواية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . وممن روى عنهم أبو بكر وعمر وعلى وأبو عبيدة ومعاذ . وروى عنه جماعات من أئمة التابعين منهم سعيد بن المسيب وعطاء وعمرو بن دينار . وقد توفى بالمدينة سنة ثلاث وسبعين وقيل ثمان وسبعين وقيل ثمان وستين وهو ابن أربع وتسعين سنة (النووى ، التهذيب) .

(٥) « أو » : من ب و ا . وفى الاصل و حـ : « و » .

(٦) « حلال » ليست في حـ .

وأما ما[1] لا يعيش إلا فى البر :

فعلى نوعين : منه ما ليس له دم سائل ، ومنه ما له دم سائل .

أما ما ليس له دم سائل – فكله حرام، إلا الجراد، مثل الذباب والزنبور وسائر هوامّ الأرض وما يدبّ عليها وما يكون تحت الأرض من الفارة واليربوع[2] والحيات[3] والعقارب ، لأنها من جملة الخبائث ، إلا أن الجراد يحل بالحديث الذى ذكرنا[4] .

وأما ما له دم سائل – فعلى ضربين : مستوحش ومستأنس .

فالمستأنس منه – لا يحل أكله[5] من البهائم سوى الأنعام، وهو الإبل والبقر والغنم ، لقوله تعالى : « أحلت لكم بهيمة الأنعام »[6] واسم « الأنعام » خاص فيما ذكرنا عند أهل اللغة[7] .

فأما ما لا يحل فالحمير والبغال والخيل – وهذا قول أبى حنيفة[8] .

---

(١) « ما » ساقطة من حـ . وفى ا : « وأما الذى » .

(٢) اليربوع نوع من القوارض يشبه الفأر قصير اليدين طويل الرجلين وله ذنب طويل (المنجد) .

(٣) « والحيات » ليست فى حـ .　　(٤) راجع فيما تقدم ص ٨٨ .

(٥) « أكله » من حـ و ا .

(٦) المائدة : ١ – والآية : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود أحلت لكم بهيمة الأنعام إلا ما يتلى عليكم غير محلى الصيد وأنتم حرم إن الله يحكم ما يريد » . وهناك آية أخرى هى الآية الثلاثون من سورة الحج ونصها : « ذلك ومن يعظم حرمات الله فهو خير له عند ربه وأحلت لكم الأنعام إلا ما يتلى عليكم فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور » .

(٧) قال فى المصباح : النَّعَم أكثر ما يقع على الإبل – قال أبو عبيد : النعم الجمال فقط . ويؤنث ويذكر . وجمعه نُعْمان وأنعام أيضاً . وقيل : النعم الإبل خاصة والأنعام ذوات الخف والظلف وهى الإبل والبقر والغنم . وقيل : تطلق الأنعام على هذه الثلاثة فإذا انفردت الإبل فهى نَعَم ، وإن انفردت البقر والغنم لم تسم نَعَماً .

(٨) فى حـ : « والخيل عند أبى حنيفة » . وفى ا : « والخيل فى رواية عن أبى حنيفة » .

وقال أبو يوسف ومحمد كذلك إلا أنهما قالا : يحل الفرس[١] خاصة ـ وهى مسألة معروفة[٢] .

وأما المستأنس من الطيور ، كالدجاج والبط والأوز : < ف > يحل ، بإجماع الأمة .

وأما المستوحش منه[٣] ـ فيحرم كل ذى ناب من السباع ، وكل ذى مخلب من الطيور ، إلا الأرنب خاصة ، لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ـ رواه ابن عباس[٤] : أنه نهى[٥] عن أكل < كل >[٦] ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطير ـ وخص منه الأرنب لحديث عمر[٧] .

فذو الناب من السباع : الأسد والذئب[٨] والنمر والفهد والثعلب والضبع[٩] والكلب والسنور البرى والأهلى . وكذلك الفيل وابن عِرس من جملة ذى الناب ـ ونحوها .

وذو المخلب من الطيور : الصقر والبازى والنسر والعقاب والشاهين ونحوها .

وما سوى ذلك من المستوحش من البهائم والطيور : فهو حلال ـ كالظبي وبقر الوحش وحمر الوحش والإبل[١٠] ونحوها . ومن الطيور :

---

(١) فى ب : « يحل أكل لحم الفرس » .

(٢) فى ا : « خاصة وهو أيضاً رواية عن أبى حنيفة ـ وهى مسألة معروفة » .

(٣) « منه » ليست فى ب .

(٤) فى ح و ا : « ابن سماعة » (٥) « نهى » ليست فى ب ـ انظر الهامش ٧ .

(٦) من الكاسانى : ٥ : ٣٩ : ١٦ـ١٧. (٧) انظر الكاسانى ، ٥ : ٣٩ : ٢٣ـ٢٦ .

(٨) هنا سقط فى النسخ الأخرى ففى ح و ا : « أنه نهى عن أكل ذى ناب من السباع والأسد والذئب ... » وفى ب : « أنه عن أكل ذى ناب من السباع كالأسد والدب » .

(٩) و (١٠) « والضبع » ـ « والإبل » من ا و ب و ح .

الحمام[١] والعصفور والعقعق[٢] وغراب الزرع الذى يأكل الزرع ولا يأكل الجيف ونحوها[٣] — إلا أنه يكره أكل[٤] الغراب الأبقع والغراب الأسود الذى يأكل الجيف .

ويكره الجلالة من الإبل والبقر والغنم[٥]، لأن الغالب من أكلها النجاسة .

فأما الدجاجة المخلاة التى تأكل النجاسة أيضا — قالوا[٦] : لا يكره ، لأنها تخلطها بغيرها ، ولأن الجلالة ينتن لحمها ويتغير ، ولحم الدجاجة لا ينتن ولا يتغير .

ثم الجلالة إذا حبست أياما حتى تعتلف ولا تأكل النجاسة : تحل .

وعن أبى حنيفة روايتان : فى رواية محمد[٧] : لم يوقت الحبس بل يحبس حتى يطيب لحمها[٨] ويذهب نتنه[٩]. وفى رواية أبى يوسف: مقدر بثلاثة أيام .

فأما الدجاجة فقد[١٠] روى عن أبى يوسف أنها لا تحبس ، لأنه لا ينتن[١١] لحمها ، ولكن المستحب أن تحبس يوما أو يومين .

• • •

---

(١) فى حـ : « والحمام » .

(٢) طائر على شكل الغراب أو هو الغراب (المنجد) .

(٣) « ونحوها » ليست فى ب .

(٤) « أكل » من ب .

(٥) « والغنم » ليست فى حـ و ا .

(٦) « قالوا » ليست فى حـ و ا .

(٧) « محمد » ليست فى ب .

(٨) كذا فى حـ و ا . وفى الأصل و ب : « لحمه » .

(٩) فى حـ : « نتنها » .

(١٠) « فقد » من ا . وفى حـ : « وقد » . وفى ب : « فروى » .

(١١) فى ا و حـ : « لاتحبس لأنها لا تخلط ولا ينتن » . وفى ب : « لا تحبس لأنها تخلط ولا ينتن » .

أما جنين ما يؤكل لحمه ـ إذا خرج ميتا : لا يحل عند أبي حنيفة وزفر والحسن .
وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي[١] : يحل ـ والمسألة معروفة .

وأما شرائط الحل[٢]

فمنها ـ الذبح ، أو النحر في جميع ما يشترط فيه الذبح ـ لكن النحر في الإبل ، والذبح في الشاة : أحب[٣] .

وأصله قوله تعالى : « إلا ما ذكيتم »[٤] ، واسم الذكاة يقع عليهما جميعا .

ومنها ـ التسمية : حتى لو تركها ، عامدا : لا يحل عندنا ـ وعند الشافعي : يحل .

وأجمعوا أنه لو تركها ، ناسيا : يحل ـ والمسألة معروفة :

ثم في ذكاة الاختيار : تجب التسمية لكل ذبيحة عند الحز[٥] والقطع .

---

(١) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « وقالوا » .

(٢) « الحل » ليست في ح .

(٣) في ا و ب و ح وردت « أحب » بعد « النحر في الإبل » . والذبح هو قطع الحلقوم من باطن عند النصيل وهو موضع الذبح من الحلق . والنحر هو الطعن في المَنْحَر حيث يبدو الحلقوم من أعلى الصدر . والنحر في اللَّبَّة مثل الذبح في الحلق . يقال ذبح الشاة ونحر البعير (اللسان) .

(٤) سورة المائدة : ٣ ـ والآية وما بعدها : « حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع إلا ما ذكيتم وما ذبح على النصب وأن تستقسموا بالأزلام ذلكم فسق . اليوم يئس الذين كفروا من دينكم فلا تخشوهم واخشون . اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام دينا ـ فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم . يسألونك ماذا أحل لهم ؟ قل أحل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مُكَلِّبِين تعلمونهن مما علمكم الله فكلوا مما أمسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه واتقوا الله إن الله سريع الحساب . اليوم أحلّ لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم ... » .

(٥) في ا و ب و ح : « الجز » ـ وكلاهما صحيح ويعني القطع .

وفى ذكاة الاضطرار: يشترط عند[١] الرمى والإرسال لا عند الإصابة[٢].

ولا يشترط التعيين لكل صيد، بخلاف الأهلية[٣]. بيانه أنه:

— لو أضجع شاة ليذبحها، فسمى، ثم بدا له أن لا يذبحها[٤] فأرسلها، وأضجع أخرى فذبحها[٥] بتلك التسمية: لم يحل.

— ولو رمى صيدا، وسمى، فأخطأه وأصاب آخر فقتله: فلا بأس بأكله، لأن التسمية، عند الذبح[٦]، تشترط عند القدرة، وعند العجز أقيم الإرسال والرمى مقام الذبح إذا اتصل[٧] به الآلة.

— وكذا لو أرسل كلبا على صيد بعينه، وسمى، فأخذ غير الذى هو سمى عليه من غير أن مال[٨] عن سنن الأولى[٩]: يحل.

- ولو ذبح شاة وسمى[١٠]، ثم ذبح أخرى فظن أن التسمية الأولى تجزى عنهما: لم يؤكل[١١]، فيجب[١٢] أن يحدث لكل ذبيحة[١٣] تسمية.

- ولو رمى سهما وسمى، فقتل به من الصيد اثنين، أو[١٤] أرسل كلبا

---

(١) « عند » ليست فى ب. (٢) انظر فيما بعد ص ٩٥

(٣) «بخلاف الأهلية» من ا وب وحـ. (٤) « أن لا يذبحها » من ا.

(٥) « فذبحها » ليست فى حـ. (٦) « عند الذبح » من ا و ب و حـ.

(٧) فى ا و حـ: « اتصلت ». (٨) فى حـ: « ماله ».

(٩) فى ا و حـ: « الإرسال ».

(١٠) « فأخذ غير الذى هو سمى عليه ... ولو ذبح شاة وسمى » ليست فى ب — « وسمى » ليست فى ا و حـ.

(١١) فى حـ: « لم يكن عن الآخر ». وفى ا: « لم يكن عن الأخرى ».

(١٢) فى ا و ب و حـ: « ولا بد » بدل « فيجب ».

(١٣) فى حـ: « لكل ذبحة ». (١٤) « أو » ساقطة من حـ.

وسمى[١] فقتل صيدين : يحل كله[٢] ، لما قلنا .

ـ ولو سمى وتكلم بكلام قليل ، أو فعل فعلا قليلا ، ثم ذبح ، فلا بأس به ، ويجعل كالمتصل للضرورة . أما إذا تكلم بكلام طويل ، أو فعل فعلا كثيرا[٣] ، بين التسمية والحز : لا يحل .

ومنها ـ **تجريد اسم الله عند الذبح عن اسم غيره**[٤] ـ حتى لو قرن باسم الله اسم غيره ، وإن[٥] كان اسم النبي عليه السلام : فإنه لا يحل[٦] .

وتجريده عن الدعاء مستحب . وليس بشرط ، بأن قال[٧] « باسم الله ! اللهم[٨] تقبل عني أو عن[٩] فلان » . ولكن ينبغي أن يدعو بهذا وبمثله قبل التسمية أو بعد الفراغ عن التسمية منفصلا عنها ، ولكن لا يوجب الحرمة .

ولو سبح أو هلل أو كبر وأراد به التسمية على الذبيحة : يحل[١٠] . أما لو أراد به الحمد على سبيل الشكر[١١] : لا يحل .

---

(١) « وسمى » ساقطة من ا و حـ .

(٢) فى ا و ب و حـ : « أكله » .

(٣) فى ب : « كبيرا » .

(٤) فى ا : « ومنها تحريم قران اسم الله تعالى مع اسم غيره » . وفى حـ : « ومنها تحرير اسم الله تعالى على اسم غيره » .

(٥) « وإن » من ا و ب و حـ . وفى الأصل : « فإن » . وفى الكاسانى (٥ : ٤٨ : ٢٤) مثل ما أثبتناه فى المتن

(٦) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « لا يجوز » .

(٧) « قال » ساقطة من ا . (٨) « اللهم » ساقطة من ا .

(٩) فى ا : « منى أو من » . وفى حـ : « عنى أو من » .

(١٠) « يحل » ساقطة من ب .

(١١) فى ب : « أراد به التسمية عند افتتاح العمل » ، وهى عبارة سترد بعد . وفى حـ : « الحمد على سبيل الشك » .

وكذا لو سمى : ينبغى[1] أن يريد به التسمية[2] على الذبيحة . أما لو أراد به التسمية عند افتتاح العمل : لا يحل .

وأما محل الذبح ، وكيفيته - فنقول :

الذكاة نوعان : ذكاة اختيار ، وذكاة اضطرار .

أما ذكاة الاضطرار - فمحله جميع البدن ، فيحل بوجود الجرح أينما أصاب ، على مانذكره .

وأما ذكاة الاختيار - فمحله مابين اللَّبة واللحيين ، لقوله عليه السلام : « الذكاة مابين اللَّبة واللحيين »[3] .

ثم الذكاة هى فرْى[4] الأوداج ، والأوداج أربعة : الحلقوم ، والمرئ ، والعِرْقَانِ اللذان بينهما الحلقوم والمرئ : فالحلقوم مجرى النفس ، والمرئ مجرى الطعام والشراب ، والعرقان مجرى الدم .

فإذا قطع الأوداج الأربعة : فقد أَتى[5] بالذكاة المأمور بها بتمامها .

---

(١) فى ب : « لاينبغى » .

(٢) « التسمية » ليست فى ا و حـ .

(٣) فى ا و حـ : « واللحية » . واللّبة المنحر من الصدر (المغرب) . راجع ص ٩٢

(٤) أى قطعها وشقها - قيل : يقال أفرى إفراء أى قطع للإفساد وشق كما يفرى الذابح والسبع . وفرى فريا قطع للإصلاح ؛ كما يفرى الجزار الأديم . وقد جاء بمعنى أفرى أيضاً إلا أنه لم يسمع به فى الحديث (المغرب والمصباح) . وسيأتى عند « بيان مايذكى به وهو الآلة » الحديث : « كل ما أنهر الدم وأفرى الأوداج فهو ذكاة » . (انظر فيما بعد ص ٩٨-٩٩)

(٥) فى حـ : « أوفى » .

فأما إذا نقص من ذلك ـ فقد اختلفوا فيه :

روى عن أبي يوسف[١] عن أبي حنيفة أنه إذا قطع أكثر الأوداج : حل . وفسر ذلك بأن قطع ثلاثة منها من أى جانب كان ـ وبه أخذ ، ثم رجع فقال : لا يحل مالم يقطع الحلقوم والمرئ وأحد الودجين .

وروى عن محمد عن أبي حنيفة[٢] أنه قال : مالم يقطع الأوداج الأربعة أو الأكثر من كل واحد منها[٣] : لا يحل ، حتى إنه إذا قطع الثلاثة أو الأكثر منها وقطع نصف الرابع أو أقل : لا يحل ـ وبه أخذ محمد .

فصار الحاصل ـ أن عند أبي حنيفة : الأكثر على رواية أبي يوسف يرجع إلى الثلاثة منها[٤] ، وعلى رواية محمد : الأكثر يرجع إلى كل واحد من الأربعة[٥] . وقال محمد : إنه لا يحل مالم يقطع الكل أو الأكثر من كل واحد منها[٦] . وقال أبو يوسف : يحل إذا قطع ثلاثة منها : الحلقوم والمرئ وأحد الودجين .

وقال الشافعي : إذا قطع الحلقوم والمرئ : يحل .

---

(١) فى ب : « روى أبو يوسف » .
(٢) فى ا و حـ : « وروى عن أبي حنيفة » . وفى ب : « وروى محمد عن أبي حنيفة » .
(٣) كذا فى ب و حـ . وفى الأصل و ا : « منهما » .
(٤) فى ا و ب و حـ : « .. أن عند أبي حنيفة إذا قطع الأكثر على رواية أبي يوسف وهو الثلاثة منها : يحل » ـ و « وهو » ليست فى ب .
(٥) فى ا و ب و حـ : « من الأوداج » .
(٦) « منها » ليست فى حـ . وفى ا و ب والأصل : « منهما » .

ولو أبان رأس البعير أو الشاة[١] بالسيف : < ف > إن كان من قبل الحلقوم : أكل، وإن كان من قبل[٢] القفا : < ف > إن صار بحال لا يعيش قبل قطع الأوداج : لا يحل ، وإن كان بحال يعيش : يحل .

. . .

ويكره في حال الذبح[٣] أن يجرها برجلها إلى المذبح ، أو يضجعها ويحد الشفرة بين يديها .

ويكره أن يذبحها على وجه يبلغ[٤] النخاع ، وهو العرق الأبيض الذي في عظم الرقبة .

ويكره أن يسلخ قبل أن تموت ، لأن هذا زيادة ألم لا يحتاج إليه .

فإن نخع[٥] أو سلخ[٦] قبل أن تبرد فلا بأس بذلك ، لأنه لم يوجد فيه ألم : ذكره الكرخي . وبعض المشايخ قالوا[٧] : يكره النخاع بعد الموت قبل أن يبرد ، ويكره السلخ .

. . .

---

(١) في ا و حـ : « رأس البعير أو البقر أو الشاة » . وفي ب : « رأس البقرة أو الشاة » .

(٢) « قبل » ليست في ا و حـ .

(٣) « الذبح » ليست في ب و حـ .

(٤) في حـ : « يبقى » .

(٥) نَخَع الذبيحةَ جاوز بالسكين منتهى الذبح فأصاب نخاعها (المنجد . والزيلعي ، ٥ : ٢٩٢ . والكاساني ، ٥ : ٦٠ : ١٤) وراجع ما تقدم في المتن .

(٦) كذا في حـ و ا . وفي ب : « وسلخ » . وفي الأصل : « وأسلخ » .

(٧) في حـ : « كذا ذكره الكرخي وقال بعض المشايخ » . وفي ا : « كذا ذكره الكرخي وبعض المشايخ كرهوا » . وفي ب : « كذا ذكر الكرخي وبعض المشايخ قالوا » .

وعن مجاهد[١] أنه قال[٢] : كره رسول الله صلى الله عليه وسلم سبعة من الشاة[٣] المذبوحة : الذكر ، والأنثيين ، والقبل ، والغدد ، والمثانة ، والمرارة ، والدم .

ثم أبو حنيفة فسر هذا وقال : الدم حرام للنص القاطع . وأما < الحكم > في السبعة : < ف > مكروه ، لأنه مما لا تستحسنه[٤] الأنفس . وإنه أراد به الدم المسفوح ، فأما دم[٥] الكبد والطحال ودم اللحم : فليس بحرام[٦] .

وأما بيان ما يذكى به — وهو الآلة :

فعلى ضربين : آلة تقطع وآلة تفسخ .

فالآلة التي تقطع — على ضربين : حادة ، وكليلة :

فالحادة : يجوز الذبح بها ، حديدا كانت أو غير حديد ، من غير كراهة .

والكليلة التي تقطع[٧] : يجوز الذبح بها ، مع الكراهة ، حديدا كانت أو غير حديد .

---

(١) مجاهد بن جبير : تابعي . وهو إمام في الفقه والتفسير والحديث . سمع من الصحابة ابن عمر وابن عباس وأبا هريرة وعائشة وغيرهم . ومن التابعين طاوسا وابن أبي ليلى وآخرين . توفي ، وهو ابن ثلاث وثمانين سنة ، سنة ١٠١ هـ . وقيل سنة ١٠٠ وقيل سنة ١٠٢ وقيل سنة ١٠٣ (النووي . التهذيب) .

(٢) « قال » من ا و حـ .

(٣) « الشاة » من ا و ب و حـ . وفي الأصل : « الذبيحة المذبوحة » .

(٤) في ا و ب و حـ : « مما تستخبثه » .

(٥) « دم » ليست في ا و حـ ففيهما : « وأما الكبد » .

(٦) راجع الكاساني ، ٥ : ٦١ : ٥ وما بعده . وراجع فيما تقدم ص ٨٨ .

(٧) في ا و حـ : « والكليلة تفسخ » .

و[١] أصله قوله عليه السلام : « كل ما أنهر الدم وأفرى[٢] الأوداج فهو ذكاة[٣] » .

وقال أصحابنا : إذا ذبح بظفر منزوع أو بسن[٤] منزوع : جاز ، مع الكراهة[٥] .

وقال الشافعي : لا يجوز .

. . .

وأما الآلة التي تفسخ - فهو نحو الظفر القائم والسن القائم : إذا ذبح به[٦] : لا يحل ، لأنه يعتمد على المذبوح من وجه ، فيتخنق ويتفسخ - حتى قالوا : إذا كان الظفر طويلا ، فأخذ إنسان آخر بيده ، وذبح بظفره ، وأمر عليه كما يمر السكين : يحل ، لأنه لم يعتمد عليه حتى يكون فيه معنى التخنيق .

وأما بيان أهلية الذبح - فنقول :

يشترط أن يكون من أهل الملة التي يقر عليها ، ويعقل الذبح ، ويضبطه ، ويقدر عليه - لأنه إذا كان من أهل الملة ، وهو عاقل ، فالظاهر[٧] أنه يأتي باسم الله تعالى[٨] عند الذبح ، وإذا لم يكن عاقلا ، فإجراء اسم

(١) الواو من ا و حـ .

(٢) راجع الهامش ٤ ص ٩٥ .

(٣) « فهو ذكاة » ليست في ا و ب و حـ .

(٤) كذا في ا و حـ . وفي الأصل و ب : « أو سن » .

(٥) في ا و حـ : « جاز الذبح منهما مع الكراهة » . وانظر ما يلي في المتن .

(٦) في ا : « بهما » . وراجع ما تقدم في المتن .

(٧) الفاء من ا و ب و حـ .

(٨) « تعالى » من ا و ب و حـ .

الله تعالى[١] على لسانه وعدمه سواء[٢] ، ولهذا لا يصح الإسلام منه . والقدرة على الذبح لا بد منها حتى يتحقق فعل الذبح ، على وجهه .

فيصح الذكاة من المسلم والكتابي إذا عقلا الذبح ، ولا يتركان التسمية عمدا ، سواء كان ذكرا أو أنثى ، صغيرا أو بالغا .

ولا يجوز ذبح المجوسي ولا المرتد . ولا ذبح الصبي[٣] والسكران والمجنون إذا لم يعقلوا ولم يضبطوا الذبح[٤] .

. . .

هذا الذى ذكرنا فى غير الصيد — فأما فى الصيد[٥] : فيشترط[٦] أن لا يكون محرما ، ولا الذبح بأمر المحرم ، ولا[٧] فى الحرم — حتى لا يؤكل ما يذبح المحرم من الصيد ، أو يأمر به ، ولا ما يذبحه[٨] الحلال فى الحرم من الصيد ، ويكون ذلك كالميتة . فأما ذبح المحرم لغير الصيد : < ف > سبب الحل ، فى الحل والحرم[٩] .

---

(١) « تعالى » من ا و ت و ح .

(٢) « سواء » ساقطة من ا .

(٣) فى ا : « والمرتد والصبي » .

(٤) « فلا تؤكل ذبيحة المجنون والصبي الذى لا يعقل والسكران الذى لا يعقل ... فإن كان الصبي يعقل الذبح ويقدر عليه تؤكل ذبيحته وكذا السكران » الكاساني ٥ : ٤٥ : ١٤ .

(٥) الصيد اسم لما يتوحش ويمتنع ولا يمكن أخذه إلا بحيلة إما لطيرانه أو لعدوه (انظر المغرب . وراجع حكم صيد الحرم فى ح ١ ص ٦٤٧ وما بعدها . وانظر فيما يلي كتاب الصيد) .

(٦) الفاء من ا و ح .

(٧) « ولا الذبح بأمر المحرم ولا » من ا و ح .

(٨) فى ب : « ولا ما لا يذبح » .

(٩) زاد فى ب : « والله تعالى أعلم بالصواب » وراجع ح ١ ص ٦٤٧ وما بعدها .

كتاب

الصيد

الاصطياد [1] مباح فى البحر فى حق كافة الناس ، وفى البر فى حق غير المحرم على كل حال إلا فى الحرم ، وفى حقِ المحرم لا يباح فى الحِلِّ ولا فى الحرم [2].

وأصله قوله تعالى : « أحل لكم صيد البحر (الآية) » [3] ، ولأن الكسب مباح فى الأصل ، وما يصيده قد يؤكل ، وقد ينتفع بجلده وبشعره [4] ، ونحو ذلك .

ثم ما يباح أكله من الصيد ، المأكول ، بأخذ الجوارح والرمى وغير ذلك من فعل العباد ـ إذا مات قبل أن يقدر [5] عليه ، له شرائط :

---

(١) فى حـ : « قال رحمه الله : الاصطياد » .

(٢) راجع فيما تقدم ص ١٠٠ و حـ ١ ص ٦٤٧ .

(٣) المائدة : ٩٦ والآيتان السابقتان عليها متصلتان بالموضوع وفيما يلى نصها جميعا : « يا أيها الذين آمنوا ليبلونكم الله بشيء من الصيد تناله أيديكم ورماحكم ليعلم الله من يخافه بالغيب فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم . يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيدَ وأنتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياما ليذوق وبال أمره عفا الله عما سلف ومن عاد فينتقم الله منه والله عزيز ذو انتقام . أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما واتقوا الله الذى إليه تحشرون » .

(٤) كذا فى ا و حـ . وفى الأصل و ب : « وشعره » .

(٥) فى ا : « تقرر » . وفى حـ : « يقرر » .

أحدها — أن تكون الآلة ، التى بها يصطاد جارحة ، تجْرَح الصيد ، وهو السهم والسيف والرُمْح(١) والحيوان الذى له ناب أو مِخْلَب فيجرَح به ، <فيموت>(٢) — هذا هو الرواية المشهورة . أما(٣) إذا لم يجرح الكلب أو البازى : <ف> لا يحل .

وروى عن أبى حنيفة أن الكلب إذا خَنَق : يحل . ولو لم يخنُقه ولم يجرحْهُ ولكنه كسَره فمات — ففيه روايتان .

ولو أصاب السهم ظِلْف الصيد أو قرنه ، فإن وصل إلى اللحم فأدْماه : أكل ، وإلا فلا .

واختلف المشايخ فى الشاة إذا اعتلفت بالعُنّاب(٤) فذبحت ولم يسل منها الدم : فقال(٥) أبو القاسم الصفار(٦) : لا يحل . وقال أبو بكر الإسكاف(٧) : يحل .

وهذا إذا مات بجرحه غالباً . فأما إذا وقع الشك(٨) : <ف> لا يحل

---

(١) أضاف فى ا و حـ : « والسكين » .

(٢) فى الأصل و ا و ب و حـ : « فمات » .

(٣) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « لأنه » . وفى الكاسانى (٥ : ٤٤ : ٧ — ٨) مثل ما فى الأصل .

(٤) العُنّاب شجر حبه كحب الزيتون أحمر حلو (المنجد) . وفى حـ و ا : « بالعقاب » . وفى ب : « فى العناب » .

(٥) فى ب : « وقال » .

(٦) هو أحمد بن عصمة — أخذ عن نصير بن يحيى عن محمد بن سماعة عن أبى يوسف وكان إماماً كبيراً — إليه الرحلة ببلخ . تفقه عليه أبو حامد أحمد بن الحسين المروزي . ومات سنة ٣٣٦ هـ فى السنة التى توفى فيها أبو بكر الإسكاف . وقيل مات سنة ٣٢٦ هـ . (اللكنوى ، ٢٦) ولعله هو المراد بالصفار فى ص ١٩ من المقدمة فى الجزء الأول .

(٧) راجع ترجمته فى الهامش ٧ ص ١٩ من المقدمة فى الجزء الأول .

(٨) الشك فيما إذا مات بجرحه أو بسبب آخر لا يفيد الحل (انظر الكاسانى : ٥ : ٥٨ : ١٥) .

إذا كان يمكن الاحتراز عنه(١)، بأن(٢) رمى صيدا فى الهواء فسقط على جبل، أو سطح، أو شجر، أو على سنان رمح مركوز فى الأرض، أو على حرف آجرة أو صخرة، أو فى الماء، ثم سقط على الأرض - لا يحل، احتياطا لجانب الحرمة.

وإذا وقع على آجرة(٣) مطبوخه(٤) على الأرض، أو على أرض(٥) صلبة - فالقياس أن لا يحل، وفى الاستحسان: يحل، لأنه لا يمكن الاحتراز عن الأرض.

والثانى - أن يكون الحيوان الجارح معلما، لقوله تعالى «وما عَلَّمتم من الجوارح مُكَلِّبين(٦)».

---

(١) فى ا و حـ: «إذا كان لا يمكن الاحتراز عنه». وفى ب: «إلا إذا كان لا يمكن الاحتراز عنه» - أى عن هذا السبب الآخر. (انظر الكاسانى، ٥: ٥٨: ١٥. والهداية وشروحها، ٩: ٥٨ وما بعدها)

(٢) فى حـ و ا: «فإن».

(٣) كذا فى ا و ب و حـ. وفى الأصل «آجر». والآجرّ اللبن إذا طبخ والواحدة آجرة وهو معرب (المصباح).

(٤) فى ب و حـ: «مبطوخة».

(٥) «أرض» ليست فى ا و حـ.

(٦) المائدة: ٤ ونصها: «يسألونك ماذا أحل لهم؟ قل: أحل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله فكلوا مما أمسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه واتقوا الله إن الله سريع الحساب». وفى المصباح: كلّبته تكليبا علمته الصيد. وقال الكاسانى (٥: ٥٢: ١٩): «وقوله تعالى «مكلبين» قرىء بالخفض والنصب. وقيل بالخفض صاحب الكلب: يقال كلاب ومكلب - وبالنصب الكلب المعلم. وقيل المكلبين بالخفض الكلاب التى يكالبن الصيد أى يأخذنه عن شدة فالكلب هو الأخذ عن شدة ومنه الكلوب للآلة التى يؤخذ بها الحديد. وقوله جلت عظمته «تعلمونهن» أى تعلمونهن ليمسكن الصيد لكم ولا يأكلن منه - وهذا حد التعليم فى الكلب عندنا».

وتعليم ذى الناب أنه إذا أرسل يتبع الصيد ، وإذا أخذه أمسكه على صاحبه[١] ولم يأكل منه شيئا .

وتعليم ذى[٢] المخلب أن يستجيب[٣] إذا دعى ، ويتبع الصيد إذا أرسل ، وإن[٤] أكل منه فلا بأس به[٥] .

ثم أبو حنيفة ، فى ظاهر الرواية ، لا يوقت فى التعليم ولكن ينبغى أن يقول أهل العلم بذلك : إنه معلم .

وروى الحسن عنه أنه قال : لا يأكل أول ما يصيد[٦] ولا الثانى ثم يؤكل الثالث وما بعده .

وقال أبو يوسف ومحمد : إذا صاد[٧] ثلاث مرات ولم يأكل فهو معلم.

ثم إذا صار معلما ، من حيث الظاهر ، وصاد به صاحبه ، ثم أكل بعد ذلك من[٨] صيد يأخذه ، فقد بطل تعليمه ، ولا[٩] يؤكل بعد ذلك صيده ، حتى يعلم تعليما ثانيا بلا خلاف[١٠] .

---

(١) فى ا : « لصاحبه » .وراجع الهامش ٦ ص ١٠٣ .

(٢) « ذى » من ا و ب و حـ .

(٣) فى ا : « أن يجيب » .

(٤) فى ا و ب و حـ : « الصيد فيأخذه وإن » .

(٥) كذا فى ا و ب و حـ ، وليس فى ا : « به » . وفى الأصل : « ولئن أكل منه أو أخذ فلا بأس به » .

(٦) العبارة فى ا و حـ : « لا يؤكل الصيد الأول » . وفى الكاسانى (٥ : ٥٣) : « لا يأكل ما يصيد أولا ولا الثانى ولو أكل الثالث وما بعده » .

(٧) فى ا و ب و حـ : « إذا أصاب » .

(٨) كذا فى ا و حـ . وفى الأصل و ب : « عن » .

(٩) فى ا و ب : « فلا » .

(١٠) فى ا و حـ : « تعليما ثانيا خلاف الأول » .

فأما ماصاده قبل ذلك هل يؤكل جديده وقديمه[1]؟ عند أبى حنيفة : لا يؤكل ، لأنه ظهر[2] أنه ماصار معلما . وعندهما : يحل ، لأن العالم[3] قد ينسى .

والثالث — أن لا يكون الحيوان الجارح الذى يصطاد به محرم العين ، كالخنزير ، فإنه ـ وإن كان معلما ـ لا يحل صيده .

فأما ماسواه من الجوارح ، إذا علم ، يحل صيده ، كالفهد والأسد والذئب[4] والنمر وابن عِرْس .

والرابع — أن يكون الإرسال[5] ممن هو أهل للذبح ، لأن الإرسال والرمى بمنزلة الذبح ، فلا بد من أن يكون المرسل أهلا ، من مسلم أو كتابى ، مع سائر الشرائط[6] .

والخامس — أن يكون الإرسال[7] على ماهو صيد مشاهد معاين ، بأن رأى صيدا أو جماعة فرمى إليهم .

فأما التعيين فليس[8] بشرط ، حتى إنه[9] لو أصاب صيدا آخر سوى ماعاين[10] ، يحل ، لأن الإرسال وجد إلى الصيد ، وفى التعيين حرج .

---

(١) كذا فى ا . وفى الأصل و ب و حـ كذا : « وقديده » . راجع الكاسانى ، ٥ : ٥٣ : ٥ من أسفل .

(٢) كذا فى ا . وفى الأصل : «فظهر» . وفى ب : « وظهر به » . وفى حـ « فظهر به » .

(٣) فى ا و حـ : « العلم » .

(٤) « والذئب » ليست فى ب .

(٥) فى ا و حـ : « المرسل » .

(٦) راجع فيما تقدم أهلية الذبح : ص ٩٩ وما بعدها .

(٧) « الإرسال » ليست فى ا و حـ .

(٨) الفاء من ا و ب و حـ .

(٩) « إنه » من ا و ب و حـ .

(١٠) فى ا و حـ : « سوى ما عين » .

ـ ولو أرسل إلى ماليس بصيد من الإبل والبقر والغنم أو الآدمى ، فأصاب صيدا ، لايحل ، لأنه لم يوجد الإرسال إلى الصيد .

ـ ولو سمع حس صيد، فظنه صيدا ، فأرسل [١] عليه كلبه أو رمى سهمه إليه ، فأصاب صيدا ، وبان له أن ماظنه صيدا فهو غنم أو آدمى ، لايحل ، لأنه ما أرسل إلى الصيد ، لكنه ظنه كذلك .

ـ ولو سمع حسا ، ولا يعلم أنه حس صيد أو آدمى، فأرسل [٢]، فأصاب صيدا [٣] ، لايحل .

ـ ولو سمع حسا فظنه آدميا ، فرماه ، وأصاب الذى سمع حسه، فإذا هو صيد ـ قالوا [٤] : يحل، لأنه رمى إلى محسوس معين [٥]، لكنه ظن أنه آدمى، وقصد الآدمى ، فظهر أنه بطل قصده ، ولكن الرمى صادف محله ، وهو الإرسال إلى محسوس معين ، وهو الصيد ، فصح إرساله ، وتسميته ـ كمن أشار إلى امرأته وقال : « هذه الكلبة طالق » : تطلق . وإن أخطأ الاسم [٦] .

---

(١) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « فظنه صيدا فهو غنم فأرسل » فـ « فهو غنم » سبق قلم ، وسيتبين ذلك فيما يلى .

(٢) « فأرسل » ليست فى ا .

(٣) « وبان له أن ما ظنه ... فأرسل فأصاب صيدا » ساقطة من ب .

(٤) « قالوا » ليست فى ا و حـ .

(٥) « معين » ليست فى ب .

(٦) « رمى إلى محسوس معين ... وإن أخطأ الاسم » من ا . وهى فى ب و حـ مع خلاف لفظى يسير لا يغير من المعنى شيئا . وفى الأصل بدل هذه العبارة : « لأنه تبين أنه قد قصد الصيد فكان الإرسال إليه » .

- ولو ظن حس صيد[١]، فرماه أو[٢] أرسل، فإذا هو حس صيد[٣]، غير مأكول أو مأكول، وأصاب صيدا آخر[٤]: يحل. وقال زفر: إن كان صيدا لا يؤكل لحمه: لا يحل. وروى عن أبي يوسف أنه قال[٥]: إن كان[٦] خنزيرا لا يحل خاصة. والصحيح قولنا، لأن الصيد اسم للمأكول وغيره.

والسادس — أن يكون، فور الإرسال، باقيا، ولا ينقطع إلى وقت الأخذ[٧] والإصابة، حتى إنه إذا أرسل إلى صيد وسمى، فما أخذ في ذلك الفور من الصيد فقتله، يحل. فإذا انقطع الفور، بأن جثم على صيد طويلا ثم مر به صيد آخر[٨]، فقتله، لا يحل الثاني.

- وكذلك في الرمي إذا تغير[٩]، بأن رمى إلى الصيد، فذهب به الريح يمنة أو يسرة، فأصاب صيدا: لا يحل.

- ولو أصاب السهم حائطا أو صخرة، فرجع السهم، وأصاب الصيد:

---

(١) في ب: «ولو حسّ صيدا».

(٢) في حـ و ب: «و».

(٣) «صيد» ليست في ا و حـ.

(٤) «آخر» ليست في ب.

(٥) «أنه قال» من ا و حـ.

(٦) «كان» ليست في حـ.

(٧) في ا: «وقت الإرسال والإصابة».

(٨) «آخر» ليست في ب.

(٩) في ب: «إذا تمين».

فإنه لا يؤكل ، وهذا لأن الإرسال انقطع [١] فاحتمل [٢] أنه حصل [٣] بقوة غيره ، ولا [٤] يحل مع الشك .

فأما إذا مر على سننه [٥] : فإن أصاب الحائط ، فلا بأس به .

- ولو أرسل رجلان كلبين ، أو [٦] رميا سهمين ، فأصابا معا صيدا ، فقتلاه ، فهو بينهما ، لوجود السبب منهما جميعا . ولو سبق أحدهما ، فهو له ، لأن سبب الملك والذبح [٧] وجد منه سابقا [٨] ، وهو الإرسال بأثره ، فكان أولى .

والسابع — التسمية ، في حال الإرسال ، إذا كان ذاكرا لها ، لأن الإرسال والرمي ذبح من الفاعل ، تقديرا ، فيشترط التسمية عنده ، كما في الذبح ، إلا أنه لا يشترط على كل صيد بعينه ، بخلاف الذبح - على ما مر [٩] .

والثامن — أن يلحقه المرسل ، و [١٠] الرامي ، أو من يقوم مقامهما ، قبل انقطاع الطلب أو [١١] التوارى عنه - وهذا استحسان ، والقياس أن لا يحل ،

---

(١) في ا و حـ : « انقطع فوره » .

(٢) في ا و ب و حـ : « أو احتمل » .

(٣) « حصل » ليست في ا و حـ .

(٤) في ا و ب حـ : « فلا » .

(٥) أي مر في طريقه مستقيما كما هو لم يتغير أي لم يرجع عن وجهه (المغرب) .

(٦) في ب : « و »

(٧) « والذبح » من ا و ب و حـ .

(٨) في ا و ب و حـ وردت كلمة « سابقا » بعد قوله الآتي : « وهو الإرسال بأثره » - فكانت العبارة فيها : « وجد منه - وهو الإرسال بأثره - سابقا » .

(٩) راجع فيما تقدم ص ٩٢ — ٩٤ .

(١٠) في ا و ب و حـ : « أو » .

(١١) في ب : « و » . وفي حـ : « إن » .

لاحتمال أنه مات بسبب آخر ، لكن ترك القياس بالأثر والضرورة ، لأنه لا يمكن الاحتراز عنه .

فأما إذا قعد عن طلبه ثم وجده بعد ذلك ميتا[١] : فلا يؤكل ، لأنه لا ضرورة.

و[٢] أصله ماروى عن ابن عباس أنه سئل عن ذلك فقال : « كُلْ ما أصميت ودع ما أنميت »[٣] ـ قال أبو يوسف : الإصماء ما عاينه ، والإنماء ماتوارى عنه[٤] .

والتاسع ـــ أن لا يدرك ذبحة[٥] الاختيار[٦] بأن كان ميتا . فإن كان بحال لا يعيش ، ولم يذبحه : ففيه[٧] اختلاف ، بناء على مسألة المتردية والنطيحة والموقوذة[٨] : إذا[٩] ذبحت هل تحل[١٠] أم لا ؟ ـ وهى على وجهين :

(١) « ميتا » من ا و حـ .
(٢) الواو من ا و ب و حـ .
(٣) فى حـ : « ما نميت » . وانظر الهامش التالى .
(٤) فى المغرب : « فى الحديث : كل ما أصميت ودع ما أنميت – الإصماء أن يرميه فيموت بين يديه سريعا ، والإنماء أن يغيب بعدما أصابه ثم يموت » .
(٥) فى ا و حـ : « ذبح » .
(٦) كذا فى ب و ا . وفى حـ والأصل : « الاختيارى » .
(٧) فى ا و حـ : « أو كان بحال لا يعيش أو لم يذبحه فيه » . وفى ب : « أو كان بحال لا يعيش او لم يذبحه وفيه » .
(٨) قال تعالى فى الآية الثالثة من سورة المائدة : « حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع إلا ما ذكيتم وما ذبح على النصب وأن تستقسموا بالأزلام ـ ذلكم فسق . اليوم يئس الذين كفروا من دينكم فلا تخشوهم واخشون . اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الإسلام دينا فمن اضطر فى مخمصة غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم » .
والمتردية التى سقطت فماتت من غير ذكاة . والنطيحة التى ماتت من النطح من غير ذكاة . والموقوذة التى قتلت بالخشب أو بغيره فماتت من غير ذكاة – من وقذ بمعنى ضرب حتى استرخى وأشرف على الموت (المصباح) .
(٩) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « وإذا » .
(١٠) فى ا و حـ : « إذا ذكيت هل تحل له » .

إن كان فيها حياة[١] مستقرة : حلت بالذبح فى قولهم جميعا . وإن كانت فيها حياة ولكنها غير مستقرة : تحل بالذبح عند أبى حنيفة ، وقال أبو يوسف[٢] : إن كان فيها من الحياة[٣] مايعيش مثلها : تحل ، وإن كان لا يعيش مثلها[٤] : لا تحل .

وقال محمد : إن بقى حيا أكثر من بقاء المذبوح بعد الذبح : يحل .

إذا ثبت هذا ففى هذه المسألة : إذا وجد[٥] حيا : تبطل الذكاة الاضطراري < ة > عند أبى حنيفة[٦] وإن لم[٧] يكن فيه حياة مستقرة ، وعندهما : على الوجه الذى قلنا[٨] .

. .

ولو أبان رأس الصيد وسمى : يحل كله[٩] . ولو قطع عضوا منه سوى الرأس ، فمات : لم يؤكل العضو المبان ، ويحل الباقى[١٠] — لأن الأوداج تنقطع[١١] بإبانة الرأس ، فيكون[١٢] ذبحا .

(١) « حياة » ساقطة من ا .
(٢) فى ا : « أبو يوسف ومحمد » . وانظر ما يلي فى المتن .
(٣) « إن كان فيها من الحياة » ساقطة من ا .
(٤) « مثلها » ليست فى ح و ا .
(٥) فى ب : « وجده » .
(٦) فى ح : « الاضطرارى يحل عند أبى حنيفة » .
(٧) « لم » ساقطة من ح .
(٨) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل زاد : « بأن كان فيه حياة مستقرة » . وانظر الكاسانى ، ٥ : ٥٠ : ٢ من أسفل – ٥١ .
(٩) فى ا و ب و ح : « يحل أكله » . راجع ص ٩٧ .
(١٠) فى ا و ح : « وأكل الباقى » – « ولو قطع ... الباقى » ليست فى ب .
(١١) فى ب : « تقطع » . وراجع فيما تقدم ص ٩٥ وما بعدها .
(١٢) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « ليكون » .

وإذا قطع عضوا غيره، لا يؤكل الجزء المبان، لأن الموت حصل والجزء مبان — قال عليه السلام[١]: «ما أبين[٢] من الحى فهو ميت».

ولو قطع نصفين[٣] طولا أو عرضا: يحل[٤] أكله، لأن الموت يحصل بهذا الفعل، فيكون[٥] الكل مذكى ذكاة اضطرار[٦].

وإن كان أحد النصفين أكثر: <ف> إن كان مما يلى الرأس أقل: يؤكل كله؛ وإن كان أكثر: أكل[٧] مما[٨] يلى الرأس ولا يؤكل ما سواه، لأن الأوداج متصلة من القلب إلى الدماغ، فمتى كان النصف الذى يلى الرأس أقل، يكون ذكاة[٩] بقطع الأوداج، ومتى كان أكثر كان ذكاة[١٠] الاضطرار فيكون ذلك عند الموت، فيكون الجزء الذى بان، فات حياته قبل الذكاة، فيكون ميتة[١١].

---

(١) فى ا: «وإذا قطع عضوا غيره فالموت حصل والعضو المبان لا يحل لقوله عليه السلام». وفى حـ: «وإذا قطع عضو غيره فالموت حصل والعضو مبان لا يحل لقوله عليه السلام». وفى ب: «وإذا قطع عضوا غيره فالموت حصل والعضو مبان فلا يحل أكل العضو المبان لقوله عليه السلام».

(٢) أى فصل من أبان بمعنى فصل، ويقال: بان الشىء: إذا انفصل (المصباح).

(٣) كذا فى الكاسانى، ٥: ٤٥: ٢. وفى الأصل وغيره: «بنصفين». وعبارة الكاسانى: «ولو ضرب صيداً بسيف فقطعه نصفين».

(٤) «يحل» من ا و ب و حـ.

(٥) فى ا و ب و حـ: «فيصير».

(٦) كذا فى ب. وفى الأصل و ا: «اضطرارى». وفى حـ: «الاضطرارى».

(٧) «أكل» ليست ا و حـ.

(٨) فى ب: «أكل ما».

(٩) و (١٠) فى ا و حـ: «ذكاته».

(١١) «لأن الأوداج ... فيكون ميتة» من ب. وهى فى ا و حـ مع خلاف يسير فى بعض الألفاظ لا يغير من المعنى. وفى الأصل فى هذا الموضع علامة نقص ولكن لم يظهر فى الهامش ما يكمل هذا النقص. وانظر ما سيأتى فى الصفحة التالية.

ولو قطع أقل الرأس: لايحل المبان ، ويحل الباقى ـ لأن هذا ذكاة الاضطرار، فلايحل المبان قبل الموت[١].

ولو بقى أقل الرأس وقطع الأكثر : يحل كله ، لأنه صار ذكاة بقطع العروق[٢] .

ولو قطع[٣] الرأس نصفين[٤] : <ف> على قول أبى حنيفة ومحمد: يحل كله[٥] ، وهو قول أبي يوسف الأول ثم رجع وقال : لايحل المبان ، فكان عنده أن العروق متصلة بالنصف الذى يلى البدن ، وعندهما : متصلة بالدماغ ، فتصير مقطوعة بقطع النصف[٦] .

---

(١) « قبل الموت » من ب وفيها : « لأن هذه ذكاة الاضطرار ولا يحل المبان قبل الموت » . و « لأن هذه ذكاة الاضطرار ... الموت » ليست فى ا و حـ .

(٢) « ولو بقى... العروق » ليست فى ا و حـ . وهى فى ب كالآتى : « وإن قطع الأكثر يحل أكله ، لأنه صار ذكاة بقطع العروق » .

(٣) فى ب : « ولو بقى أقل الرأس وقطع » .

(٤) كذا فى الكاسانى : (٥ : ٤٥ : ٩٠) وفى الأصل وغيره : « بنصفين » .

(٥) فى ا و ب و حـ : « أكله » .

(٦) « بقطع النصف » ليست فى ا و حـ . راجع الصفحة السابقة .

كتاب

الأضحيـــــة

يحتاج[1] إلى :

بيان أن الأضحية واجبة أم لا ؟

وإلى بيان شرائط الوجوب ،

وبيان[2] شرائط الأداء ، وإلى بيان كيفية القضاء[3] ،

وإلى بيان مايجوز فى الأضحية ومالا يجوز ، وإلى بيان مايكره[4] .

أما الأول - < فنقول > :

قال أصحابنا : إن الأضحية واجبة على المقيمين ، من أهل الأمصار والقرى والبوادى ، من الأعراب والتركمان .

وقال الشافعى : سنة - وهو[5] إحدى الروايتين عن أبى يوسف .

وأجمعوا أنها لاتجب على المسافرين .

---

(١) كذا فى ا و ب . وفى الأصل : « قال : يحتاج » . وفى حـ : « قال رحمه الله : يحتاج » .

(٢) « بيان » من ب .

(٣) كذا فى ا و حـ . وفى الأصل و ب : « كيفية وجوب القضاء » .

(٤) فى ا : « وبيان مايكره ومالا يكره » وفى ب : « وبيان مايكره » وفى حـ « وبيان لم يكره » .

(٥) فى ب : « وهى » . وفى حـ : « • أحد » .

والصحيح قولنا ، لقوله تعالى : « فصل لربك وانحر »[١] — قال أهل التفسير : المراد منه صلاة العيد، ونحر الأضحية ، والأمر[٢] للوجوب ، والنص ورد فى حق المقيم ،لأن الخطاب للرسول عليه السلام ، وهو حكم لا يعرف بالقياس ، فلا[٣] يتعدى إلى المسافر ، كما فى الجمعة والعيدين .

وأما شرائط الوجوب

فمنها[٤] — اليسار : وهو اليسار الذى تعلق[٥] به وجوب صدقة الفطر ، دون اليسار الذى تعلق[٦] به وجوب الزكاة على ماذكرنا فى كتاب الزكاة[٧] .

ومنها — الإسلام : لأنها[٨] عبادة وقربة .

ومنها — الوقت : فإنها لا تجب قبل أيام النحر . ولهذا لو ولدت المرأة ولدا بعد أيام النحر لا تجب الأضحية لأجله . ولو مات الولد فى وسط أيام النحر لا تجب الأضحية[٩] ، لأن الوجوب يتأكد فى آخر[١٠]

---

(١) الكوثر : ٢ والسورة : « إنا أعطيناك الكوثر . فصل لربك وانحر . إن شانئك هو الأبتر » .

(٢) فى ا و حـ : « ونحر الإبل أضحية أمر والأمر » وفى ب : « ونحر الإبل أضحية والأمر » .

(٣) فى حـ : « ولا » .

(٤) « ف » من ا و ب و حـ .

(٥) و (٦) كان فى الأصل : « يتعلق ... تعلق » وفى ب : « تعلق ... تعلق » وفى ا و حـ : « يتعلق ... يتعلق » فجعلنا الأولى في المتن « تعلق » أخذا من ب ليكون الفعلان ماضيين .

(٧) راجع فى الجزء الأول ص ٦٣٤ — ٦٨ ؛ وخصوصاً ٦٧٤ — ٦٨ ؛ و ص ٥١١ .

(٨) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « لأنه » .

(٩) فى ا : « أضحيته » . و « لأجله .. لا تجب الأضحية » ساقطة من ب .

(١٠) « آخر » ليست فى ب .

الوقت . وكذا كل[١] من مات من أهل وجوب الأضحية ، لما ذكرنا .

وأما البلوغ والعقل - هل يشترط ؟ فعند أبي حنيفة وأبى يوسف : ليس بشرط ، حتى تجب على الصغير ، إذا كان غنيا ، فى ماله - حتى لو ضحى الأب أو الوصى من ماله[٢] : لا يَضْمَن[٣] .

وعند محمد وزفر : لا يجب على الصغير - حتى يضمن[٤] الأب والوصى .

ولو كان مجنونا موسرا[٥] : تجب فى ماله ، ويضحى عنه الولى - هذا هو المشهور ، كما فى صدقة الفطر[٦] . وفى رواية فرق بين صدقة الفطر وبين الأضحية[٧] وقال : لا تجب الأضحية فى ماله .

. . .

ولا خلاف بين أصحابنا أنه تجب الأضحية على الموسر بسبب أولاده الصغار ، دون الكبار ، بمنزلة صدقة الفطر[٨] ، إذا لم يكن للصغار مال ، لكن إذا ضحى من مال الصغير لا يتصدق به[٩] ، لأن الواجب هو الإراقة ، فأما التصدق باللحم < ف > تطوع[١٠] ، ومال الصغير لا يحتمل

---

(١) « كل » من ا و ب و حـ .

(٢) « من ماله » ليست فى حـ .

(٣) زاد هنا فى ب : « الأب » .

(٤) فى حـ : « حتى لو ضحى يضمن » .

(٥) فى ب : « مجنونا أو موسرا » .

(٦) راجع فى الجزء الأول ص ٥١٢ - ٥١٣ .

(٧) فى ب : « الأضحى » . وراجع حـ ١ ص ٥١٢ - ٥١٣ .

(٨) راجع فى الجزء الأول ص ٥١٢ و٥١٣ وما بعدها .

(٩) « به » ليست فى ا و حـ .

(١٠) فى حـ : « للتبرع » . وفى ا : « التبرع » .

التبرع ، فينبغى أن يطعم الصغير ، ويدخر له ، أو يستبدل لحومه[١] بالأشياء التى ينتفع بها الصغير ، مع بقاء أعيانها ، كما فى جلد الأضحية .

وأما شرائط الأداء < وكيفية القضاء >

فمنها — وقت النحر[٢] : فإنه لا يصح التضحية[٣] إلا فى أيام النحر ، ولو ذهب الوقت تسقط التضحية[٤] . إلا أن فى حق المقيمين فى الأمصار **يشترط شرط آخر** : وهو أن يكون بعد صلاة العيد ، بالحديث[٥] ، حتى[٦] إن فى حق أهل القرى تجوز التضحية فى أول الوقت .

وإن دخل الرستاقى[٧] المصر لصلاة العيد ، وأمر أهله بأن يضحوا عنه : لهم أن يضحوا عنه قبل صلاة العيد[٨] .

والمعتبر مكان الذبيحة لا مكان المذبوح عنه ، فى ظاهر الرواية . وفى رواية : مكان المذبوح عنه[٩] ، وهو قول الحسن[١٠] .

---

(١) « لحومه » من ا و ب و حـ .

(٢) فى ا و ب و حـ : « وقت النحر » - انظر فيما يلى ص ١١٧ والكاسانى ، ٥ : ٦٥ و ٧٣ . والمرغينانى ، الهداية ، ٤ : ٥٣

(٣) و (٤) فى ا و حـ : « الأضحية » . راجع حـ ١ ص ٢٧٧ — ٢٧٨ .

(٥) فى ا و حـ : « للحديث » - وهو قوله عليه السلام : « من ذبح قبل الصلاة فليعد ذبيحته . ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين » . وقال عليه السلام : « إن أول نسكنا فى هذا اليوم الصلاة ثم الأضحية » (الهداية ، ٤ : ٥٣ - ٥٤) .

(٦) « حتى » ساقطة من ب .

(٧) الرستاقى نسبة إلى الرستاق والرستاق معرب ويستعمل فى الناحية التى هى طرف الإقليم والجمع رساتيق (المصباح) .

(٨) فى ا و ب و حـ : « له أن يضحي قبل أداء الصلاة » .

(٩) « فى ظاهر الرواية ... المذبوح عنه » ليست فى ب .

(١٠) فى ا و ب و حـ : « الحسن عنه » .

وكذلك إذا ترك الصلاة يوم النحر، لعذر أو لغير عذر: يجوز أن يضحى بعد انتصاف النهار.

وفى اليوم الثانى والثالث[١]، سواء صلوا[٢] صلاة العيد أو لم يصلوا: لهم أن يضحوا قبل صلاة العيد[٣]، لأن الترتيب فى اليوم الأول ثبت، بالحديث[٤]، غير معقول المعنى، فاقتصر عليه إذا صلى أو مضى وقت الصلاة[٥].

ثم أيام النحر ثلاثة: يوم الأضحى[٦] وهو العاشر من ذى الحجة، والحادى عشر، والثانى عشر - يجوز التضحية[٧] فى نهار هذه الأيام ولياليها، بعد[٨] طلوع الفجر من اليوم الأول إلى غروب الشمس[٩] من اليوم الثانى عشر، غير أنه يكره الذبح بالليل - وهذا عندنا.

وعند الشافعى: أربعة أيام وزاد[١٠] اليوم الثالث عشر.

والصحيح قولنا - لما روى عن عمر وعلى وابن عباس وابن عمر وأنس[١١] رضى الله عنهم، وغيرهم، أنهم قالوا: «أيام النحر ثلاثة، أفضلها أولها» -

---

(١) راجع وقت صلاة العيد فى الجزء الأول، ص ٢٧٧ - ٢٧٨.

(٢) فى ا و ب و حـ: «والثالث وإن صلوا».

(٣) «أو لم يصلوا ... صلاة العيد» ليست فى ب. راجع حـ ١ ص ٢٧٧ - ٢٧٨.

(٤) سيأتى بعد قليل في المتن. وراجع حـ ١ ص ٢٧٧ - ٢٧٨. وانظر الهداية، ٤ : ٥٤

(٥) فى ا: «أو مضى وقت أيام النحر». وفى حـ: «أو مضى ووقت». راجع الهامش السابق.

(٦) فى ا و حـ: «يوم الأضحية».

(٧) «يجوز التضحية» ليست فى ا و حـ.

(٨) فى ا و حـ: «ولياليها أولها بعد».

(٩) «الشمس» ساقطة من حـ.

(١٠) «أربعة أيام» ساقطة من حـ. وفى ب: «أربعة أيام فزاد». وفى ا: «وعند الشافعى زاد».

(١١) «وأنس» من ا و ب و حـ. وهو انس بن مالك خادم رسول الله صلى الله عليه وسلم مدة إقامته بالمدينة وتوفى بالبصرة سنة ٩٣ هـ (أو نحوها). (النووى، التهذيب).

فإذا مضت(١) هذه الأيام، فقد فات الذبح فى حق من لم يذبح - حتى لا(٢) يجوز له أن يذبح .

. . .

ثم(٣) إن كان أوجب شاة بعينها، أو اشتراها ليضحى بها، فمضت أيام النحر(٤)، قبل أن يذبحها، تصدق بها حية، ولا ينقص منها شيئا(٥) من الشعر واللبن، ولا يأكل من لحمها، لأنه انتقل الواجب من إراقة الدم إلى التصدق .

وإن لم يوجب، أو لم(٦) يشتر، و(٧) الرجل موسر، وقد مضت(٨) أيام النحر، <فإن> عليه أن يتصدق بقيمة الشاة، التى تجوز فى الأضحية، لما قلنا.

وأما بيان ما يجوز فى الأضحية، وما لا يجوز < وما يكره > :

وذلك أنواع :

منها :

أنه لا يجوز(٩) فى الضحايا والهدايا(١٠) إلا الثنى من الإبل والبقر

---

(١) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « مضى » .

(٢) « لا » ساقطة من ا و حـ .

(٣) هذا بيان كيفية القضاء .

(٤) « أيام النحر » ليست فى ب .

(٥) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « شىء » .

(٦) فى ا و ب و حـ : « ولم » .

(٧) الواو من ا و ب و حـ .

(٨) التاء من ا و حـ .

(٩) « يجوز » ساقطة من حـ .

(١٠) الهدى ما يهدى إلى الحرم من شاة أو بقرة أو بعير . الواحدة هدية - كمطية ومطايا (المغرب) . وراجع فى الجزء الأول ص ٦٣٤ وما بعدها .

والغنم ، والجذع من الضأن خاصة إذا كان عظيما .

ثم الثني من الإبل عند الفقهاء ابن خمس سنين (١) ، ومن البقر ابن سنتين (٢) ومن الغنم ابن سنة (٣) . والجذع من الإبل ابن أربع سنين (٤) ، ومن البقر ابن سنة (٥) ، ومن الغنم ابن ستة أشهر - هكذا حكى القدورى (٦) .

وذكر الزعفرانى (٧) فى « الأضاحى » وقال : الجذع ابن سبعة أشهر أو ثمانية ، فأما ابن ستة أشهر فهو حمل (٨) .

. . .

---

(١) زاد فى ا : « وطعن فى السادسة » . وفيما بعد الهامش ٨ .

(٢) زاد فى ا : « وطعن فى الثالثة » . راجع حـ ١ ص ٤٤٥ . وفيما بعد الهامش ٨ .

(٣) زاد فى ا : « وطعن فى الثانية » . راجع حـ ١ ص ٤٤٦ . وفيما بعد الهامش ٨ .

(٤) زاد فى ا : « وطعن فى الخامسة » . وانظر فيما بعد الهامش ٨ .

(٥) زاد فى ا : « وطعن فى الثانية » . وانظر فيما بعد الهامش ٨ .

(٦) راجع ترجمته فى الهامش ٨ ص ١ من الجزء الأول .

(٧) قال فى الفوائد البهية (ص ٦٠) : « الحسن بن أحمد بن مالك أبو عبد الله الفقيه الزعفرانى - كان إماما ثقة رتب الجامع الصغير لمحمد بن الحسن ترتيبا حسنا وميز خواص مسائل محمد عما رواه عن أبى يوسف وجعله مبوبا ولم يكن قبل مبوبا ، وله كتاب « الأضاحى » وهو غير محمد بن أحمد بن محمد بن عبدوس بن كامل أبو الحسن الدلال المعروف بالزعفرانى وغير أحمد بن الأخير المعروف أيضاً بالزعفرانى » . (راجع ترجمتهما فى الجواهر وفى الفوائد) .

(٨) « وذكر الزعفرانى . . . أشهر فهو حمل » من ب . و « هكذا حكى القدورى . . . الجذع ابن سبعة أشهر » ساقطة من حـ و ا . ففى حـ : « ابن ستة أشهر أو ثمانية . فأما ابن ستة أشهر فهو حمل » . وفى ا : « ومن الغنم ابن ستة أشهر أو سبعة أو ثمانية وأما ابن أقل من ستة أشهر فهو حمل » . وفى الكاسانى (٥ : ٧٠ : ١٥) : « وذكر الزعفرانى فى الأضاحى : الجذع ابن ثمانية أشهر أو تسعة أشهر . والثنى من الشاة والمعز ما تم له حول وطعن فى السنة الثانية ، ومن البقر ما تم له حولان وطعن فى السنة الثالثة ، ومن الإبل ما تم له خمس سنين وطعن فى السنة السادسة - وتقدير هذه الأسنان بما قلنا لمنع النقصان لا لمنع الزيادة » .

ولا يجوز الجمل والجَدْى والعِجْل والفصيل[١] فى الأضحية .

ولا يجوز فى الأضاحى شئ من الوحش ، لعدم ورود الشرع . وإن كان متولدا ، من الوحشى[٢] والإنسى[٣] : فالمعتبر فيه جانب الأم .

. . .

والإبل والبقر يجوز من سبعة نفر على ماروى جابر[٤] أنه قال: نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم البدنة[٥] عن سبعة والبقرة عن سبعة .

ولاتجوز الشاة عن أكثر من الواحد ، وإن كانت[٦] عظيمة قيمتها قيمة شاتين ، لأن القربة إراقة الدم ، وذلك لايتفاوت .

ولكن إنما يجوز بشرط أن يكون قصدهم من التضحية التقرب إلى الله تعالى ، سواء كان من نوع واحد ، كما إذا كانوا شركاء فى الأضحية[٧] أو[٨] فى الهدى ، أو من أنواع مختلفة بأن كان نوى أحدهم الأضحية والآخر الهدى والآخر دم الكفارة ونحو ذلك ، ولكن[٩]

---

(١) فى المغرب : الجمل زوج الناقة ولا يسمى بذلك إلا إذا بزل ، والبازل من الإبل ما دخل فى السنة التاسعة . والجدى من أولاد المعز فى السنة الأولى . والعجل من أولاد البقر حين تضعه أمه إلى شهر . والفصيل الرضيع فصل (أى فطم) عن أمه .

(٢) كذا فى ب . وفى الأصل و ا و حـ :« الوحش » . وانظر الهامش التالى .

(٣) « والأنسى » من ا و ب . وكذا فى الكاسانى (٥ : ٦٩ : ٧ من أسفل) . وفى حـ : « والإنس » . وراجع الهامش السابق .

(٤) راجع ترجمته فى الهامش ٤ ص ٨٨ وحيث أطلق جابر فى صحيح البخارى ومسلم فهو جابر بن عبد الله (النووى فى التهذيب) .

(٥) البدنة الإبل ذكرا كان أو أنثى (المغرب والمصباح) . وراجع حـ١ ص٦٠٧ هامش٣

(٦) التاء من ا و ب و حـ .

(٧) فى ا و حـ :« التضحية » .

(٨) فى ب :« و » .

(٩) « ولكن » من ا و ب و حـ . وفى الأصل :« وكان » .

الأفضل أن تكون الشركة فى نوع واحد . فأما إذا كان أحد الشركاء أراد بالذبح اللحم لا التقرب ، أو كان أحدهم ذميا – لم يقع عن الأضحية ، لأنها مما لا يتجزأ ، فإذا [١] لم يكن البعض قربة بطل الكل .

. . .

والنوع الثانى : مالا يجوز بسبب العيب ، وما [٢] يكره – فنقول : العيب القليل لا يمنع ، والكثير يمنع : فذاهبة [٣] العين الواحدة ، وهى [٤] العوراء ، ومقطوعة الأذن الواحدة ، ومقطوعة الإلية والذنب – كلها لا تجوز .

فأما إذا كان الذاهب بعض بصر العين ، أو بعض الأذن والإلية والذنب – ففيه ثلاث روايات :

فى ظاهر الرواية : الثلث وما دونه قليل ، وما زاد عليه فهو كثير .

وفى رواية : الثلث وما زاد فهو كثير ، وما دون الثلث قليل .

وفى رواية أبى يوسف – وهو قوله : النصف وما زاد فهو كثير ، وما دون النصف قليل [٥] .

ولا يجوز السكاء [٦] التى [٧] لا أذن لها فى الخلقة . وإن كانت

---

(١) فى ا و ب و حـ : « فأما إذا » .

(٢) « ما » من ا و ب و حـ .

(٣) التاء من ا و حـ .

(٤) « هى » ساقطة من ا و حـ .

(٥) « وما زاد عليه فهو كثير وفى رواية ... وما دون النصف قليل » ساقطة من ب .

(٦) فى المغرب : السكك صغر الأذن . ورجل أسك وعنز سكاء . وهى عند الفقهاء التى لا أذن لها إلا الصماخ .

(٧) كذا فى ا و حـ . وفى الأصل و ب : « الذى » .

صغيرة [1] : يجوز .

والهتماء التي [2] لا أسنان لها : لا يجوز ، فإذا كان لها بعض الأسنان : < ف > إن كانت لا تعتلف ويصب في حلقها : لا يجوز . وإن كانت [3] تعتلف : يجوز .

والعجفاء التي [4] لا تنقى [5] : لا يجوز .

وكذلك العرجاء التي لا تمشي إلى المنسك . وإن كانت [6] تقدر على المشي مع العرج : جاز .

والثولاء وهي المجنونة : جاز .

وكذا الجرباء السمينة : جاز .

كذلك الخصيّ : جاز ، وعن أبي حنيفة : إنه أحب إليّ ، لأنه أطيب لحما [7] .

. . .

---

(١) في الأصل و ا و ب و حـ : « وإن كان صغيرا » .

(٢) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « الذي » .

(٣) التاء من ا و ب و حـ .

(٤) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « الذي » .

(٥) قال الكاساني (٥ : ٧٥ : ٨) : « والعجفاء التي لا تنقى وهي المهزولة التي لا نقى لها وهو المخ » . وقال البابرتي (العناية ٨ : ٧٤) : « والعجفاء التي لا تنقى هي التي ليس لها نقى أي مخ من شدة العجف » . وقال الزيلعي (التبيين ٦ : ٥) : « ... لما روى عن البراء بن عازب أنه عليه الصلاة والسلام قال : أربع لا تجوز في الأضاحي : العوراء البين عورها ، والمريضة البين مرضها ، والعجفاء البين ظلعها ، والكبيرة التي لا تنقى » . وفي المغرب : « والنقى المخ ومنه نهى أن يضحى بالعجفاء التي لا تنقى أي ليس لها نقى لشدة عجفها » . وفي المنجد : « أنقت الإبل وغيرها : سمنت وصار فيها نقيٌ ، فهي مُنْقية » .

(٦) التاء من ا و ب و حـ .

(٧) « لحما » من ا و حـ . وفي الأصل هكذا : « أطيب وكذا الجما » .

وما جاز مع العيب: فهو مع الكراهة . وإنما المستحب هو السليمة عن العيوب الظاهرة .

. . .

ولو اشترى سليمة للأضحية ، أو أوجب على نفسه ذبح شاة بعينها ، ثم ظهر بها عيب يمنع عن الجواز ، يوم النحر ، فإنه لا يجوز ، لأن العبرة لوقت الذبح ، لكن إذا اعترضت آفة[١] عند الذبح ، بإصابة السكين عينها ونحو ذلك[٢]: <ف>لا بأس به ، لأنه من ضرورات الذبح ـ وهذا في حق الموسر ، لأنه وجب عليه أضحية كاملة بإيجاب الله تعالى[٣] .

فأما إذا كان معسرا اشتراها للأضحية ،أو أوجبها بعينها، ثم اعترضت آفة مانعة عن الجواز : يجوز له أن يضحى بها ، لأنها معينة في حقه ، ففوات[٤] بعضها كفوات كلها ،حتى لا يجب عليه شيء ،لكونها معينة[٥] ـ حتى[٦] لو أوجب الفقير[٧] أضحية بغير عينها ، فاشترى صحيحة[٨] ثم تعيبت[٩] قبل الذبح بعيب مانع ، فضحى ،لا يسقط عنه الواجب ، لما قلنا.

. . .

---

(١) « آفة » ليست في ب . وانظر الهامش التالي .

(٢) في ا و حـ : « ... إذا اعترضت عينها آفة عند الذبح بإصابة السكين ونحو ذلك».

(٣) في ا و ب و حـ : « بإيجاب الشرع » .

(٤) في ا و ب و حـ : « وفوات » .

(٥) في الأصل : « معينا » . وانظر الهامش التالي .

(٦) في ا و ب و حـ : « كفوات كلها فلا شيء عليه حتى » .

(٧) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « الفقراء » .

(٨) في ا و حـ : « أو اشترى أضحية » .

(٩) التاء من ا و ب و حـ . وفي حـ : « تعينت » .

ولو ذبح إنسان أضحية صاحبه ، بغير أمره ، جاز ، من صاحبه ، استحسانا .

وكذلك لو غلطا ، فضحى[١] كل واحد منهما أضحية صاحبه[٢] ، لأن الإذن ثابت من حيث العادة ، دلالة[٣] ، ويترادان اللحم ، فإن جواز[٤] ذلك لصاحبه بالإذن ، فإن لم يرض كل واحد منهما بفعل صاحبه ، صريحا ، يكون أضحية كل واحد ماضحى بنفسه ، وجاز عنه ، ويَضْمَن لصاحبه ، وصار غاصبا له بالأخذ ، ويصير مالكا سابقا على الذبح ، فيصير مضحيا ملك نفسه ، فجاز .

وكذا من غصب شاة إنسان ، وضحى بها : يضمن قيمتها ، وتجوز عن أضحيته ، في الرواية المشهورة ، لما ذكرنا ـ بخلاف المودع : إذا ذبح الشاة الوديعة وضمن ، لا يجوز ، لأنها لم تكن مضمونة وقت الذبح ـ لهذا افترقا .

. . .

ويكره له أن يحلب لبن الأضحية ، وأن يجز صوفها قبل التضحية ، لأنها من أجزاء الأضحية ، ولو فعل يتصدق بها[٥] . ولو باع شيئا منها يتصدق بثمنها .

وأما بعد الذبح فلا بأس بذلك .

. . .

---

(١) في ا و حـ : « فذبح » . وانظر الهامش التالي .

(٢) « بغير أمره ... أضحية صاحبه » ليست في ب .

(٣) « دلالة » ليست في ا .

(٤) « جواز » ليست في ا و ب و حـ .

(٥) في ب : « به » .

ولو ولدت ـ قالوا يذبح ولدها معها [١] . وقال بعضهم بأنه لا يذبح، ولكن يتصدق [٢] بالولد ، لأنه ليس [٣] بمحل للأضحية .

. . .

وللمضحى أن يأكل من أضحيته : إن شاء كلها ، وإن شاء أطعم الكل . والأحب أن يتصدق بالثلثين [٤] ويأكل الثلث إن كان موسرا. وإن كان ذا عيال ، وهو وسط الحال فى اليسار ، فله أن يتوسع بها على عياله [٥] ، ويدخر منها ماشاء ، وينتفع بجلدها وشعرها ،وله أن يستبدلها بشىء [٦] ينتفع بعينه ، كالجراب والمنخل والثوب [٧] .

ولو باع ذلك أو باع لحمها :فإنه يجوز بيعه ، ولا ينقض البيع فى جواب ظاهر الرواية ، لكن يتصدق بالثمن . وعلى قول أبى يوسف : له أن ينقض البيع ، لأنه بمنزلة الوقف عنده فى قول [٨] .

---

(١) العبارة فى ا : « ولو ولدت الأضحية قال بعضهم : يذبح الولد معها » .

(٢) فى حـ : « لا يذبح ويتصدق » .وفى ب : « ولكن لا يتصدق » .

(٣) « ليس » ساقطة من حـ . وفيها :« لأنه بمحل الأضحية ».

(٤) فى حـ : « بالثلث » .

(٥) فى ا و ب و حـ : « لعياله » .

(٦) فى حـ : « وله أن يستعمل بها شيئاً » .وفى ا : « وله أن يستعمل بها ينتفع».وفى ب : « وله أن يستبدل شيئا »

(٧) فى ا : « والمنخل والغربال » .

(٨) « فى قول» ليست فى ب وزاد فى حـ و ا :«والله أعلم».وفى ب:«والله تعالى أعلم بالصواب».

كتاب الغصب

مسائل[١] الغصب تبتنى على : معرفة حد الغصب ، وبيان حكمه .

أما حد الغصب الموجب للضمان ـــ < فنقول > :

هو إزالة يد المالك ، أو صاحب اليد ، عن المال ، بفعل فى العين[٢] .

فأما إثبات اليد على مال الغير ، على وجه التعدى ، بدون إزالة اليد : < ف > يكون غصبا موجبا للرد ، لا موجبا للضمان ـ وهذا عندنا[٣] .

وقال الشافعى : حده إثبات اليد ، على وجه التعدى .

ولهذا قلنا : إن من سكن دار غيره ، بغير إذنه ، وأخرج صاحبها عنها لو[٤] كان فيها ، أو زرع أرض غيره، بغير إذنه : يكون غصبا موجبا للرد ، ولا يكون موجبا للضمان عند أبى حنيفة وأبى يوسف .

---

(١) فى حـ : « قال رحمه الله : مسائل » .

(٢) فى ا و حـ كذا : « بفعل أو عن العين » .

(٣) فى مذهب الحنفية تفصيل نورده عن الكاسانى (٧ : ١٤٣ : ٢) فيما يلى : « أما حد الغصب فقد اختلف العلماء فيه : قال أبو حنيفة وأبو يوسف رضى الله عنهما : هو إزالة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل فى المال . وقال محمد رحمه الله : الفعل فى المال ليس بشرط لكونه غصبا . وقال الشافعى رحمه الله : هو إثبات اليد على مال الغير بغير إذنه والإزالة ليست بشرط » . وانظر ما يلى فى المتن .

(٤) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « أو » .

وعلى قول محمد والشافعى : يجب الضمان او خربت الدار ، أو غرقَ[١] العقار — والمسألة معروفة .

. . .

ولو استخدم مملوكَ رجلٍ بغير إذنه ، أو بعثه فى حاجة ، أو ركب دابته ، أو حمل عليها شيئا ، فهلكت : فهو ضامن — لما قلنا .

وإن لم ينقل[٢] شيئا مما يحتمل النقل ، كما إذا جلس على بساط الغير : لا يضمن .

. . .

ولهذا قلنا : إن **زوائد الغصب** ، متصلة كانت أَو منفصلة ، من الولد واللبن والصوف والسمن : لا تكون مغصوبة[٣] ، خلافا للشافعى ، لعدم إزالة اليد .

ولو جاء المالك وطلب الزوائد ، فمنعها : يضمن ، بالإجماع .

فأما لو باعها وسلمها إلى المشترى :

< ف > فى المنفصل : المالك[٤] بالخيار : إن شاء ضمن البائع ، وإن شاء ضمن المشترى ، قيمته ، يوم البيع والتسليم .

فأما فى الزوائد المتصلة : فللمالك أن يضمن الغاصب[٥] قيمة المغصوب يوم الغصب ، وليس له أَن يضمنه قيمة الزوائد يوم البيع — إنما له أَن[٦] يضمن المشترى[٧] قيمة المغصوب مع الزوائد المتصلة يوم القبض بالشراء[٨] —

---

(١) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « غرقت » .

(٢) « ينقل » ساقطة من ب .

(٣) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « لا يكون منصوباً » .

(٤) فى ا : « فالمالك » . وفى حـ : « والمالك » .

(٥) « قيمته يوم البيع ... يضمن الغاصب » ليست فى ب .

(٦) « فللمالك ... أن » من ا و ب و حـ مع ملاحظة أن فيها « إما له » فجعلناها « إنما له » . وانظر الهامش السابق .

(٧) فى ب : « للمشترى » . (٨) فى ب : « والشراء » .

وهذا قول أبي حنيفة. وعلى قولهما: له أن يضمن البائع أو[1] المشترى، قيمته، يوم البيع والتسليم، مع الزوائد[2].

وكذلك الخلاف في إتلاف الزوائد المتصلة في غير الآدمي - هذا[3] هو الصحيح.

وأما في القتل: فله الخيار بين أن يضمنه بالغصب يوم الغصب، وبين أن يضمنه بالقتل - والمسألة معروفة.

ولهذا قلنا: إن المنافع لا تضمن بالغصب والإتلاف، خلافا للشافعي.

وصورة الغصب أن يحبس عبد إنسان، بغير إذن مالكه، شهرا، ولم ينتفع به. وكذا الدواب.

وصورة الإتلاف أن يغصب عبدا أو دابة وانتفع بها[4] - والمسألة معروفة.

ولهذا[5] - لو أجر المغصوب من إنسان شهرا و[6] أخذ الأجرة فإن الأجرة ملك الغاصب دون المالك، لأن المنافع تحدث في يد الغاصب.

وأما حكم الغصب

فمن حكمه - وجوب رد العين المغصوبة[7] - مادامت قائمة من غير نقصان - لقوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت حتى ترد».

(١) الهمزة من ا و ب و حـ.

(٢) راجع الكاساني، ٧: ١٦٠ - ١٦٣.

(٣) «هذا» من ا و حـ.

(٤) في ا و جـ: «بهما».

(٥) «ولهذا» من ا و ب و حـ. وفي ا: «ولهذا قلنا».

(٦) في الأصل و ا و ب و حـ: «أو».

(٧) في حـ: «عين المغصوب».

ومن حكمه أيضاً ـ وجوب ضمان[١] النقصان إذا انتقص[٢] .

ثم لايخلو : إما أن يكون **النقصان** بسبب تراجع السعر[٣] ، أو بفوات جزء من العين[٤] ، أو بفوات وصف[٥] أو معنى مرغوب فى العبد تزداد قيمته به .

أما النقصان بسبب السعر ـ < ف > غير مضمون فى الغصب ، لأنه فتور يحدثه الله تعالى فى قلوب العباد ، لامعنى[٦] يرجع إلى العين . ولهذا لا يعتبر[٧] فى الرهن ، والمبيع إذا كان فى يد البائع : حتى لايسقط الدين بقدره[٨] ، ولا يثبت الخيار للمشترى ، لما قلنا .

وأما النقصان الذى يرجع إلى العين أو الوصف ـ فلا يخلو : إما إن كان فى أموال الربا كالمكيل والموزون الذى لا[٩] يجوز بيع البعض بجنسه متفاضلا ، أو فى غير ذلك .

---

(١) « ضمان » من ا و ب و حـ .

(٢) فى ا و حـ : « نقص » .

(٣) « السعر » ليست فى ب .

(٤) فى ب : « من البدن » .

(٥) « من العين أو بفوات وصف » ليست فى ا و حـ .

(٦) فى ا و ب و حـ : « لا بمعنى » .

(٧) « يعتبر » من ا و ب و حـ . وفى الأصل : « لا يضمن » . وفى ا و حـ : « لا يعتبر فى الدم والمبيع » .

(٨) « يسقط الدين بقدره » ليست فى حـ . ومكانها فراغ .

(٩) « لا » من ا و ب و حـ .

فإن كان فى أموال الربا[١] - بأن غصب حنطة[٢] ونحوها فصب[٣] فيها ماء، أو غصب دراهم أو دنانير فانكسرت فى يده وصارت قُرَاضَة[٤]: فصاحبه[٥] بالخيار: إن شاء أخذه ولا شئ له غير ذلك، وإن شاء[٦] تركه وضمنه[٧] مثله وزنا ولا يضمن نقصان الضرب[٨].

- وإن كان إناء فضة فهو بالخيار أيضا: إن شاء أخذه ولا شئ له غير ذلك، وإن شاء ضمنه[٩] قيمته من الذهب.

- وإن كان الإناء من الذهب[١٠]: إن[١١] شاء أخذه مهشوما[١٢]، وإن شاء ضمنه قيمته من الفضة، لأن الصياغة متقومة، لحصولها[١٣] بصنع العباد[١٤]، ولا يمكن تضمينه بجنسه[١٥]، لأنه يؤدى إلى الربا،

(١) «أو فى غير ذلك. فإن كان فى أموال الربا» ليست فى ا و حـ. وفى ب: «بجنسه متفاضلا أو فى غير ذلك فإن غير ذلك فى أموال الربا مالا يجوز بيعه بجنسه متفاضلا بأن غصب».

(٢) «حنطة» ليست فى ب. راجع الهامش السابق.

(٣) فى ب: «فصب».

(٤) قرضه يقرضه قطعه. والقُراضة بالضم ما سقط بالقرض (القاموس).

(٥) فى ا و حـ: «وصاحبه».

(٦) «شاء» ساقطة من ب.

(٧) الهاء من ا و ب و حـ.

(٨) فى ا و حـ: «نقصان الصرف». وانظر الهامش التالى.

(٩) «نقصان الصرف ... وإن شاء ضمنه» ليست فى ب.

(١٠) فى ا و ب و حـ: «وفى إناء الذهب».

(١١) فى حـ: «وإن». راجع الهامش السابق.

(١٢) فى ا و ب و حـ: «مهشوشا».

(١٣) فى ا: «بحصولها».

(١٤) «العباد» ليست فى ا و حـ.

(١٥) فى ب: «من جنسه».

فيضمن[١] بخلاف جنسه ، حتى لا يفوت حقه .

ـ وكذلك آنية الصفر والنحاس والشبه[٢]، إن كان يباع وزنا، لأنه يدخلها الربا . فأما إذا كان[٣] يباع عددا لم يكن من مال الربا[٤] .

فأما إذا كان التالف ليس من أموال الربا ـ فنقصان الجزء[٥] من العور[٦] والشلل ، و[٧] نقصان الوصف كذهاب البصر والسمع ، أو مايفوت به من[٨] معنى من العين كنسيان الحرفة[٩] ونحوه[١٠]، أو حدث به عيب ينقص قيمته كالإباق والجنون والكبر فى العبد[١١] والجارية: <ف> مضمون عليه[١٢] .

أما نبات اللحية فى الغلام الأمرد[١٣] فليس بنقص ـ فيقوم العبد[١٤]

---

(١) فى حـ و ا : « فيضمنه ».

(٢) الصُفر بالضم النحاس وصانعه الصفار . والشَّبَه النحاس الأصفر (القاموس) .

(٣) « كان » ساقطة من ا و حـ .

(٤) « الربا » ساقطة من ب .

(٥) فى حـ كذا : « فنقصان الربا الجزو » . وفى ا كذا : « الجزو ».

(٦) فى ا و ب و حـ : « من العرج » .

(٧) فى حـ و ا : « أو » .

(٨) « من » ليست فى ب . وفى ا و حـ : « أو ما يقوم به معنى من».

(٩) فى ا : « كنسيان أطرافه » . وكذا فى حـ .

(١٠) فى ا و ب و حـ : « ونحوها » .

(١١) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « فى العبيد » .

(١٢) « عليه » ليست فى ا و حـ .

(١٣) مرد الغلام إذا أبطأ نبات وجهه وقيل إذا لم تنبت لحيته (المصباح) .

(١٤) « العبد » ليست فى ا و حـ .

صحيحا لا عيب فيه ولا نقص ، ويقوم وبه العيب والنقص ، فيضمن قدر ذلك لصاحبه ، لأنه فات حقه .

وعلى هذا ـ إذا غصب عصيرا فصار خلا ، أو عنبا فصار زبيبا ، أو لبنا فصار[1] رائبا ، أو رطبا فصار تمرا ـ فصاحبه بالخيار : إن شاء أخذه بعينه ولا شيء له ، وإن شاء ضمنه مثله وسلم له ذلك كله[2] لأنه من أموال الربا[3] .

ـ وإن كان[4] تبر ذهب أو فضة ، فصاغ منه إناء أو حليا أو دراهم أو دنانير : فإنه يأخذ ذلك كله في قول[5] أبي حنيفة ولا يعطيه لعمله شيئا .

وعندهما : لا سبيل له على المصوغ ، وعليه مثله ـ فعند أبي حنيفة : هذا الوصف لا قيمة له في مالية[6] العين ، لأنه لا يزيد في العين ، بخلاف الصنعة في غير أموال الربا .

ـ ولو غصب ثوبا فقطعه ولم يخطه فهو بالخيار[7] : إن شاء أخذه ناقصا مقطوعا[8] وضمنه ما نقص بالقطع ، وإن شاء تركه وضمنه قيمة الثوب يوم غصبه ، لأنه فوت عليه منفعة معتبرة ، وهو ليس من أموال الربا .

---

(١) « أو لبنا فصار » ليست في ب .

(٢) « وسلم له ذلك كله » من ا و ب و حـ .

(٣) « الربا » ليست في حـ .

(٤) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « كانت » .

(٥) في ا و حـ : « عند » .

(٦) في ا و ب و حـ : « في مال » .

(٧) « فهو بالخيار » من ا و حـ .

(٨) « مقطوعا » ليست في ب .

ـ وكذلك إذا غصب شاة، فذبحها، ولم يشوها : فله الخيار بين أن يأخذ الشاة وأخذ قيمة ما نقصها، وإن شاء تركها وأخذ قيمتها منه. وروى عن أبي حنيفة أن المالك بالخيار : إن شاء أخذها ولا شيء له غيرها، وإن شاء تركها وضمنه قيمتها يوم غصبها، لأن الذبح[1] زيادة.

. . .

فأما إذا زاد المغصوب سمنا بنفقة الغاصب، أو كان مريضا فداواه حتى صح[2]، أو كان زرعا أو أشجارا فسقاها حتى نما وانتهى، فإنه يأخذه[3]، ولا شيء عليه بسبب الزيادة، لأن ذلك لم يحصل بفعله.

أما إذا كان زيادة حصلت بفعله ظاهرا ـ فهى أنواع : نوع منه ما يكون[4] استهلاكا للعين معنى، ونوع هو استهلاك من وجه[5].

والجواب فى الفصلين واحد : فى أنه ينقطع حق المالك عن العين، ويصير ملكا للغاصب، ويضمن الغاصب مثله أو قيمته. ولكن يختلفان فى أحكام أخر حتى إن الزيادة فى الثمن والمثمن لا تجوز فى الفصل الأول، لصيرورة المبيع هالكا، وتجوز فى الفصل الثانى ـ وهذا عندنا.

وعند الشافعى : تكون الزيادة ملكا للمالك، ولا ينقطع حقه عن

---

(١) في ا و ب : «الربح».

(٢) كذا في ا و ب و حـ. وفي الأصل : «يصح».

(٣) كذا في ا و حـ. وفي الأصل و ب : «يأخذها».

(٤) «ما يكون» من ب و حـ. وفى ا : «نوع منها يكون». وفى حـ : «فهو أنواع : نوع منها ما يكون».

(٥) وسيأتي في الصفحة المقبلة (١٣٤) مثال كل. وهناك نوع ثالث سيأتي (ص ١٣٥).

العين بالضمان[١] .

أما نظير[٢] الاستهلاك <ف> بأن كان حنطة فطحنها الغاصب[٣] ، أو بيضا فخضبه[٤] ، أو دقيقا فخبزه ، أو قطنا أو صوفا فغزلها[٥] ، أو غزلا فنسجه ، أو سمسما فعصره ، أو حنطة فزرعها .

ونظير الفصل الثانى – أن قطع[٦] الثوب قميصا أو قباء فخاطه ، أو كان لحما فشواه ، أو غصب ساجة[٧] فأدخلها فى بنائه ، أو لبنا أو آجرا فجعلها فى أساس حائطه[٨] ، أو غصب فسيلا[٩] فكبر ، ونحو ذلك .

ثم هذه الزوائد التى صارت ملكا للغاصب[١٠] : لا يباح له الانتفاع به[١١] ، وعليه أن يتصدق ، لأنه حصل بسبب خبيث .

---

(١) « بالضمان » ليست في ب .

(٢) : « نظير » من ا و ب و حـ . وانظر ما يلى فى المتن .

(٣) : « الغاصب » ليست فى ا و حـ .

(٤) كذا فى ا و حـ . وفي الأصل تشبه أن تكون : « فخضها » . وفي ب تشبه أن تكون : « أو بيضة فخضبها » .

(٥) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « فنزلها »

(٦) كذا في ب . وفي الأصل و ا و حـ : « يقطع » .

(٧) الساجة مفرد ساج وهو ضرب عظيم من الشجر لا ينبت إلا بالهند ويجلب منها . وقال الزمخشرى : الساج خشب أسود رزين يجلب من الهند ولا تكاد الأرض تبليه . وقال بعضهم : الساج يشبه الأبنوس وهو أقل سوادا منه (المصباح) .

(٨) فى ا و ب و حـ : « حائط » .

(٩) الفسيل صغار النخل (المصباح) . وفي ب : « فصيلا » – والفصيل ولد الناقة لأنه يفصل عن أمه (المصباح) .

(١٠) كذا في ا . وفي الأصل و ب و حـ : « له » .

(١١) في ب : « بها » .

ولو باع أو وهب : يجوز ، لكونها ملكا له[١] .

وروى عن أبي يوسف وزفر[٢] أنه يباح له الانتفاع بها[٣] إلا أن عند أبي يوسف بعد[٤] إرضاء صاحبه[٥] بأداء الضمان ، وعند زفر كيفما كان .

وما قالا قياس ، وجواب ظاهر الرواية استحسان[٦] .

• • •

ونوع آخر[٧] : ماهو زيادة فى العين وليس[٨] بإتلاف من وجه[٩] ، وهو الصبغ: إذا صبغه أصفر أو أحمر أو أخضر ونحوها[١٠]. فأما إذا صبغه أسود: فهو نقصان عند أبي حنيفة ، وعندهما: زيادة[١١] .

ثم الجواب فى الصبغ الذي هو زيادة أن صاحب الثوب بالخيار[١٢] : إن شاء ترك الثوب عليه وضمنه قيمته أبيض ، وإن شاء أخذه[١٣] مصبوغا وضمن

---

(١) « لا يباح له الانتفاع ... لكونها ملكا له » ساقطة من ح . وفى ا : « لكونه ملكا له » .

(٢) « وزفر » من ح و ب . وليست فى الأصل و ا . وانظر الهامش بعد التالى .

(٣) « بها » من ب .

(٤) العبارة في ا : « وروى عن أبي يوسف أنه قال : يباح له الانتفاع بعد ... » .

(٥) في ا و ح : « صاحبها » .

(٦) في ب : « وهو جواب ظاهر الرواية استحسانا » .

(٧) راجع ص ١٣٣ والهامش ٥ منها .

(٨) « وليس » من ب . وفي ح : « ليس » . وفى ا : « وذلك ليس » .

(٩) « من وجه » ليست فى ا و ح .

(١٠) « أو أخضر ونحوها » من ا .

(١١) : « زيادة » ليست في ب ففيها : « عند أبى حنيفة وعندهما » ا هـ .

(١٢) فى ا و ح : « أن صاحبه بالخيار » .

(١٣) في ح : « أخذ » .

له ما زاد الصبغ فيه[١] .

ـ ولو غصب صبغ إنسان فصبغ[٢] به ثوبه : فعليه[٣] مثله ، والثوب المصبوغ له .

ـ ولو وقع ثوب رجل فى صبغ إنسان، فانصبغ[٤] : فصاحب الثوب بالخيار[٥] : إن شاء أخذه وأعطى[٦] ما زاد فيه[٧] الصبغ[٨] ، وإن شاء يبيع[٩] الثوب فيأخذ رب الثوب من الثمن قيمة ثوب[١٠] أبيض ، ويأخذ صاحب الصبغ قيمة صبغه فى الثوب للحال ، لأن الصبغ ينقص ولا صبغ له فيه .

ـ فأما إذا قصر الثوب المغصوب: < ف > يأخذه صاحبه ، ولا شىء عليه[١١] ، لأنه ليس فيه[١٢] زيادة فى الثوب .

---

(١) « فيه » من ا و ب و حـ .

(٢) فى ا و ب و حـ : «مازادالصبغ فيه ـ هذا إذا كانغاصباللثوب فأما صاحب الثوب إذا غصب الصبغ فصبغ ... » .

(٣) « به ثوبه فعليه » ناقصة من حـ ومكانها بياض فيها .

(٤) « فانصبغ » ليست فى حـ .

(٥) « بالخيار » ليست فى حـ .

(٦) « وأعطى » من ا و ب و حـ .

(٧) « فيه » ليست فى ا و حـ .

(٨) « الصبغ » ليست في ا و ب و حـ .

(٩) فى ا و حـ : « يباع له » . وفى ب : « باع » .

(١٠) فى ب : « ثوبه » .

(١١) فى ا و ب و حـ : « له » .

(١٢) من هنا بدأ تكرار فى ب ـ انظر فيما بعد الهامش ١ ص ١٣٨

- ولو غصب خمر مسلم، فخلله: لا ينقطع حق المالك، وله أن يأخذه، لأنه ليس فيه مال قائم[١].

- ولو استهلك الغاصب الخل: فإنه يضمن[٢] خلا مثله.

- ولو غصب عصير مسلم فتخمر عنده: يضمن قيمة العصير[٣]، لأنه صار مستهلكا في حق المسلم معنى.

- ولو غصب خمر مسلم، فاستهلكه: لا ضمان عليه، لأنه لا قيمة لها[٤].

- ولو استهلك خمر ذمي أو غصب، فهلكت عنده: يضمن قيمتها. ولو أتلفها الذمي: يضمن مثلها[٥] - وهذا عندنا. وعند الشافعي: لا يضمن.

- وكذا إذا أتلف الخنزير: فهو على هذا[٦] الاختلاف[٧] - والمسألة معروفة.

- ولو غصب جلدا فدبغه: <ف> إن كان جلدا لمذكى[٨] ودبغه بما لا قيمة له، مثل الماء والتراب: فلصاحبه[٩] أن يأخذه ولا شيء عليه[١٠]، لأنه ليس

---

(١) أي للغاصب حتى يتمنع تسليمه المالك. وفي ب: «مقوم».

(٢) في ب في المكرر: «لا يضمن». راجع الهامش ١٢ ص ١٣٦.

(٣) في ا و ب و حـ: «العصر».

(٤) في ا و حـ: «له». وفي ب: «لا قيمة عليه».

(٥) في ا و حـ: «فهلك عنده يضمن قيمته ولو أتلف الذمي يضمن مثله». وفي ب: «أو غصبه فهلك عنده يضمن قيمته ولو أتلفه الذمي يضمن مثله».

(٦) «هذا» من ا و ب و حـ.

(٧) في ا و حـ: «الخلاف».

(٨) في ا و ب و حـ: «إن كان ذكيا».

(٩) الفاء من ا و ب و حـ.

(١٠) في ا و حـ: «له».

فيه[١] عين مال من جهة الغاصب بل هو بمنزلة الغسل .

وإن دبغه بما له قيمة ،مثل العَفْص والقَرَظ : فصاحبه[٢] بالخيار :إن شاء ضمنه قيمته غير مدبوغ ، وإن شاء أخذه وأعطاه[٣] ما زاد الدباغ فيه ، لأن له فيه عين[٤] مال قائم ، فصار كالصبغ في الثوب[٥] .

وإن كان جلد ميتة، أخذه من بيت صاحبه[٦] . فدبغه بما ليس له قيمة: فلصاحبه أخذه بلا شيء . وإن دبغه بما له قيمة : فلصاحبه[٧] أن يأخذه[٨]، ويغرم له ما زاد الدباغ[٩] فيه ، لأن الجلد صار مالا، بمال الغاصب، وهو عين قائم .

ولو هلك عند الغاصب : لا ضمان عليه ، بالإجماع ، لأن الدباغ ليس بإتلاف[١٠] .

فأما إذا استهلكه : فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد: يضمن قيمة الجلد مدبوغا ، وينقص عنه ما زاد الدباغ فيه ـ والمسألة

---

(١) انتهى هنا التكرار في ب ـ راجع الهامش ١٢ ص ١٣٦ .

(٢) فى ب :« والقرض فصاحبها » .

(٣) فى حـ : « وأعطى » .

(٤) فى ا :« الدباغ لأنه عين » .

(٥) فى حـ و ا : « فصار كالغصب فى الثوب » . راجع فيما تقدم ص ١٣٥-١٣٦

(٦) فى ا و حـ : « من صاحبه » .

(٧) « بلا شيء ... فلصاحبه » ليست فى ب .

(٨) الهاء من ا و ب . وفى حـ :« فلصاحبه أن يغرم له » .

(٩) فى ا و حـ : « الدبغ » .

(١٠) ولا ضمان بالغصب لأن الغصب لم يكن في مال (انظر الكاساني، جـ ٧ ص ١٦٣).

تذكر فى الخلافيات[١] .

. . .

- **وأما إذا أتلف الغاصب المغصوب على وجه لايبقى منتفعا به ، أو[٢] هلك على وجه لاينتفع به** ، بأن احترق[٣] ونحوه ، ينظر : إن كان مثليا : يضمن مثله ، وإن لم يكن مثليا[٤] : يلزمه[٥] قيمته يوم الغصب ، لأنه صار متلفا من ذلك الوقت. ومتى ضمن واختار المالك الضمان ، فإنه يملك المغصوب من وقت[٦] الغصب بطريق الظهور ، أو بطريق الإسناد، على[٧] حسب ما قيل فيه[٨] - وهذا عندنا .

وعند الشافعى : لا يملك .

- وكذلك إذا أَبق العبد[٩] ولم يعرف قيامه بتصادقهما ، أَو قامت البينة على الموت[١٠] : فهو على هذا[١١] الخلاف .

---

(١) فى ب : « والمسألة معروفة تعرف فى المختلف » .

(٢) فى ب : « و » .

(٣) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « أحرق » .

(٤) « يضمن مثله ، وان لم يكن مثليا » ليست فى حـ و ا .

(٥) فى ا و حـ : « يلزم » . وفى ب : « ضمن » .

(٦) « متلفا من ذلك الوقت ... من وقت » ليست فى ب .

(٧) فى ا : « وعلى » .

(٨) « فيه » من ا و ب و حـ .

(٩) « العبد » ليست فى ا و حـ .

(١٠) فى حـ : « على الإباق » .

(١١) « هذا » ليست فى ب .

ولو ظهر حيا[١] : لا يعود ملك المالك فيه ، عندنا – خلافا للشافعى .

ولقب المسألة[٢] : المضمونات هل تملك بأداء الضمان[٣] أم لا[٤] – وهى مسألة[٥] معروفة .

• • •

ولو أنه **هلك المغصوب** المثلى أو[٦] انقطع المثلى[٧] عن أيدى الناس ، واختصما فى حال انقطاعه ، فإن القاضى يقول له[٨] : إن شئت تتربص[٩] حتى تأخذ مثل حقك فى أوانه ، وإن شئت تأخذ[١٠] القيمة ، فإن اختار أخذ القيمة كيف يحكم بذلك ؟ قال أبو حنيفة يحكم على الغاصب بقيمته يوم الخصومة . وقال أبو يوسف : يوم الغصب . وقال محمد : يحكم بقيمته عند آخر انقطاعه[١١] .

والصحيح قول أبى حنيفة ، لأنه حقه عن العين إنما ينقطع يوم الخصومة ، حيث اختار القيمة ، فيجب اعتبار القيمة فى هذا الوقت .

• • •

---

(١) « حيا » ليست فى ب .

(٢) فى ا : « بناء على أن » بدلا من : « ولقب المسألة » .

(٣) فى ا و ح : « تملك بالضمان » .

(٤) « أم لا » من ا و ب و ح .

(٥) « مسألة » من ا و ح .

(٦) الهمزة من ب .

(٧) فى ا و ح : « المثل » .

(٨) « له » من ا و ح .

(٩) فى ا و ب و ح : « أن تتربص » .

(١٠) فى ب : « أن تأخذ » .

(١١) راجع فيما تقدم ص ٤٧ : إذا استقرض فلوسا فكسدت .

ولو غصب جارية ، فولدت عند الغاصب ولدا ، وانتقصت بالولادة ، فردها على المالك - هل يضمن نقصان الولادة ؟

إن كان فى الولد وفاء به ، أو قيمته أكثر[١] : فإنه ينجبر النقصان به[٢] ، وعليه أن يرد الجارية مع الولد ، ولا يضمن النقصان عند أصحابنا الثلاثة ، وعند زفر : يضمن .

وإن لم يكن فى الولد وفاء به[٣] : فإنه ينجبر بقدره ، ويضمن الباقى .

ولو ماتت من[٤] الولادة ، وبقى ولدها : فإنه يضمن قيمتها يوم الغصب ، ولا ينجبر النقصان ، بالولد ، فى ظاهر الرواية . وفى رواية أخرى : ينجبر .

ولو هلك الولد قبل الرد : يجب عليه نقصان الولادة ، وجعل كأن الولد لم يكن .

هذا إذا كان الحبل عند الغاصب من الزنا . فأما إذا كان الحبل من المولى أو من الزوج[٥] : فإنه لا يضمن الغاصب ، وإن ماتت الجارية[٦] ، لأن التلف حصل بسبب من جهة المولى ، فصار[٧] كما لو قتلها[٨] المولى فى يد الغاصب . والله أعلم .

---

(١) فى ب : « أو أكثر » .

(٢) « به » من ا و ب و حـ . وفى ب و حـ : « فإنه يجبر النقصان به » .

(٣) « به » من ا و ب . و « وفاء به » ساقطة من حـ .

(٤) فى ا و حـ : « فى » .

(٥) فى ا و ب و حـ : « أو من زوج لها » .

(٦) « وإن ماتت الجارية » ليست فى حـ .

(٧) « فصار » ليست فى ب .

(٨) فى ب و حـ : « قبلها » .

كتاب

الديـــــات

يحتاج[1] إلى :

بيان القتل الموجب للقصاص ، والقتل الموجب للدية ،

وإلى بيان مقدار الدية ، وكيفيتها : فى النفس وما دون النفس ،

وعلى من تجب .

أما بيان الأول ـ فنقول :

إن الجناية على الآدمى نوعان : فى النفس ، وما دون النفس . وكل واحد منهما على نوعين : موجب للقصاص ، وموجب المال .

أما الجناية فى النفس الموجب<ـة> للقصاص:

<ف> نوع واحد ، وهو القتل العمد ، الخالى عن الشبهة ـ لقوله تعالى : « كتب عليكم القصاص فى القتلى[2] » ، وقوله عليه السلام : « العمد قَوَد[3] » ـ وهذا[4] عندنا .

---

(١) فى حـ : « قال رحمه الله : يحتاج » .

(٢) البقرة : ١٧٨ : « يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى : الحر بالحر، والعبد بالعبد، والأنثى بالأنثى ، فمن عفى له من أخيه شىء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ـ ذلك تخفيف من ربكم ورحمة فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم » .

(٣) القَوَد القصاص يقال : استقدت الأمير من القاتل فأقادنى منه أى طلبت منه أن يقتله ففعل . وأقاد فلانا بفلان قتله به (المغرب والمصباح) .

(٤) « وهذا » ساقطة من حـ .

وقال الشافعى فى قول: يجب به [١] أحدهما : إما القتل أو الدية ، والخيار [٢] إلى الولى . وفى قول : الواجب [٣] هو القصاص عينا ، لكن للولى [٤] حق العدول إلى المال ، من غير رضا [٥] القاتل [٦] .

• • •

ولا خلاف أنه إذا لم يقدر على استيفاء القصاص من كل وجه، فإن له حق العدول إلى [٧] المال ـ فإن من قطع يد إنسان ويد القاطع شلاء أو منقوصة بإصبع [٨] ، أو شَجَّ رأس إنسان ورأس الشاج أصغر أو أكبر ، فإنه لا يجب القصاص عينا [٩] ، بل الولى [١٠] بالخيار فى ذلك ـ والمسألة معروفة .

• • •

وكذلك إذا تعذر استيفاء القصاص لمعنى : فإنه يجب المال [١١] ـ حتى إن القصاص إذا كان مشتركا بين رجلين فعفا أحدهما : فإنه ينقلب نصيب الآخر مالا .

---

(١) « به » من ب .
(٢) « والخيار » ساقطة من ا و حـ .
(٣) « الواجب » ليست فى حـ .
(٤) فى ب : « للمولى » . وفى حـ : « المولى » .
(٥) « رضا » ساقطة من ا و حـ .
(٦) فى ا : « القتل » . وفى ب : « الولى » .
(٧) « القاتل ولا خلاف ... العدول إلى » ليست فى حـ .
(٨) فى ا : « ناقصة إصبع » .
(٩) فى ب : « هنا » .
(١٠) فى ب : « المولى » .
(١١) « المال » ليست فى حـ . وفى ا : « تجب الدية » .

وكذلك الخاطىء مع[١] العامد، أو[٢] الصغير و[٣] الكبير، أو[٤] المجنون والعاقل - إذا اشتركا فى القتل، وتعذر استيفاء القصاص فى حق أحد الشريكين: فإنه يجب المال عليهما، نصفين.

وأما الأب والأجنبي إذا اشتركا فى قتل الابن: < ف > لا يجب القصاص على الأب بالإجماع، ولا يجب على الشريك عندنا - ولكن يجب المال، وعند الشافعى: يجب القصاص على الأجنبي[٥] - والمسألة معروفة.

. . .

ولو وجد القتل العمد من الجماعة فى حق الواحد: فإنهم يقتلون به، بالإجماع[٦] - قال عمر رضى الله عنه: «لو اجتمع أهل صنعاء على قتله[٧] لقتلتهم به»[٨].

. . .

وأما الواحد إذا قتل جماعة: فإنه يقتل، ولا يجب شيء من الدية.

وعند الشافعى: يجمع بين القتل والدية، فيكون القتل بمقابلة الواحد، وتجب الدية فى حق[٩] كل واحد من الباقين - والمسألة معروفة

. . .

---

(١) و (٢) فى ا و ب و حـ: «و».

(٣) فى حـ: «أو».

(٤) فى ا و ب و حـ: «و».

(٥) «القصاص على الأجنبي» من ا و حـ.

(٦) «بالإجماع» ليست فى ا.

(٧) فى ا و حـ: «قتل الواحد». وفى ب: «قتل» فقط.

(٨) ترك القياس وهو لايقتضي أن يقتل الجماعة بالواحد بما روى أن سبعة قتلوا واحدا بصنعاء فقتلهم عمر به وقال: «لو تمالأ (أى تعاون) عليه أهل صنعاء لقتلتهم» راجع الهداية وشروحها، ٩ : ١٧٧

(٩) «فى حق» من ب. وفى حـ و ا: «وتجب الدية للكل من الباقين».

ولو قطع جماعة يد واحد: لا تقطع أيديهم بها، ولكن يجب عليهم دية اليد.

وأما الواحد إذا قطع يد جماعة: فإنه تقطع يده، ويجب عليه[١] الدية في الباقين[٢].

وعند الشافعي: الأيدي تقطع بيد واحدة[٣] — والمسألة معروفة[٤].

. . .

ولهذا قلنا: إن الحر يقتل بالعبد، خلافا للشافعي. والعبد يقتل[٥] بالحر[٦]، بالإجماع. ويجري القصاص بين الصغير والكبير[٧] والذكر والأنثى، والمسلم والذمي، في النفس، لما تلونا من النص — خلافا للشافعي.

وأجمعوا أن المسلم لا يقتل بالمستأمن[٨]. وكذلك الذمي[٩].

وأما المستأمن هل يقتل بالمستأمن[١٠]؟ فيه روايتان.

. . .

ولو قتل إنسان رجلا عمدا، **فحق استيفاء القود** إلى الولي[١١] الكبير

---

(١) «عليه» من ا و ب و حـ.
(٢) في ا و حـ: «في الباقي».
(٣) «بيد واحدة» ليست في ا و حـ.
(٤) «والمسألة معروفة» من ب.
(٥) «يقتل» من ا و ب و حـ.
(٦) «بالحر» ليست في حـ.
(٧) من هنا أي من أول «والذكر» حتى ننبه إلى النهاية ورد في حـ في غير موضعه. انظر فيما بعد الهامش ٦ ص ١٥٢. وراجع فيما تقدم الهامش ٣ ص ٨٥.
(٨) في ا و حـ: «المستأمن». انظر فيما بعد ص ١٤٧.
(٩) «وكذلك الذمي» من ا و ب و حـ.
(١٠) «هل يقتل بالمستأمن» ليست في ا و حـ. وانظر فيما بعد ص ١٤٧.
(١١) في ب: «الولد».

إن كان واحدا، ولو كانوا أكثر: فللكل[١].

فأما إذا كان الكل صغارا: <فقد> اختلف المشايخ فيه[٢]: بعضهم قالوا: الاستيفاء إلى السلطان، و[٣] بعضهم قالوا: ينتظر إلى[٤] بلوغهم أو بلوغ أحدهم.

أما إذا كان البعض كبارا والبعض صغارا: <فقد> قال أبو حنيفة: للكبير ولاية الاستيفاء - وعلى قولهم: يؤخر إلى وقت بلوغ الصغار - والمسألة معروفة[٥].

وأما اللقيط إذا قتل عمدا: فولاية استيفاء القصاص إلى السلطان[٦] عند أبي حنيفة ومحمد[٧]. وعند أبي يوسف: لا يستوفى، ولكن تجب الدية - وهي مسألة كتاب[٨] اللقيط[٩].

وأما القتل الموجب للمال:

فأنواع: عمد محض فيه[١٠] شبهة، وشبه العمد، وقتل الخطأ، والقتل بطريق التسبيب.

---

(١) «ولو كانوا أكثر فللكل» من ب. وفي الأصل و ا و حـ: «أو كانوا أكثر» اهـ.
(٢) «فيه» من ب.
(٣) «فيه: بعضهم ... السلطان و» ليست في ا و حـ.
(٤) «إلى» من ا و ب و حـ.
(٥) «والمسألة معروفة» من حـ و ب.
(٦) في حـ و ا: «إلى الإمام».
(٧) «ومحمد» ليست في حـ و ا.
(٨) «كتاب» من ا و ب و حـ.
(٩) سيأتي في أواخر هذا الجزء «كتاب اللقيط واللقطة وجعل الآبق».
(١٠) في حـ و ا: «ليس فيه». وقد تقدم الكلام على حكم القتل العمد الذي ليس فيه شبهة وهو القصاص (راجع فيما تقدم ص ١٤٢ وما بعدها).

أما الأول :

فما ذكرنا من قتل المستأمن ونحوه[١] .

وعلى هذا[٢] قال أبو حنيفة : من له القصاص فى الطرف إذا استوفى الطرف، وسرى إلى النفس ، ومات ـ لايجب القصاص، لأجل الشبهة ، وتجب الدية . وعلى قولهم : لايجب شيء .

وأجمعوا أن الإمام إذا قطع يد السارق ، أو البزاغ[٣]، أو الختان ، والفصاد، والمأمور بقطع اليد : إذا سرى فعلهم[٤]، لا يجب عليهم شيء ـ وهى تعرف فى الخلافيات[٥].

ولهذا قال أبو حنيفة : من له القصاص فى النفس إذا استوفى فى[٦] الطرف، ثم عفا[٧] عن النفس ، وبرأ[٨] ، لا يقطع طرفه[٩]، ولكن يجب أرش اليد عند أبي حنيفة[١٠]، وعندهم: لا يجب شيء .

ولو سرى إلى النفس: لايجب شيء .

وعلى هذا قال أبو حنيفة : من شج رأس إنسان ، فعفى عنها[١١]، ثم

---

(١) راجع فيما تقدم ص ١٤٥ .

(٢) فى ب : « ولهذا » .

(٣) البزاغ الحاجم وهو من يشرط ويسيل الدم (المصباح) .

(٤) فى ا و ب و حـ : « من فعلهم » .

(٥) فى ب : « فى المختلف » .

(٦) « فى » من ا و حـ .

(٧) في ا و حـ : « عفى » .

(٨) وبرأ » من ا و ب و حـ . وفى الأصل : « وسرى » .

(٩) اى طرف المقتص .

(١٠) « عند أبى حنيفة » من ا و ب و حـ .

(١١) فى ب : « عنه » .

سرى إلى النفس[١] : تجب الدية دون القود . وقالوا : لا يجب شيء .

ومن قال لغيره : « اقتلني[٢] » ـ فقتله عمدا أو خطأ، تجب الدية دون القود، في ظاهر الرواية . وروى عن أبي حنيفة أنه لا يجب شيء .

ولو قال : « اقتل عبدي » ـ فقتله، لا يجب شيء، لأنه أمره فيما هو[٣] حقه.

ولو قال له[٤] : « اقتل ولدي » ولا وارث له سوى الأب ، فقتله : يقتل القاتل ، لأنه لا حق له في دم ولده، بخلاف نفسه . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه قال[٥] : تجب الدية ، استحسانا .

ولو عفا المجروح عن الجراحة[٦]، ثم مات منه ـ صح عفوه، استحسانا.

وكذلك الوارث : إذا عفا قبل موت المجروح ، يصح العفو ، استحسانا ، لأن له حقا .

ولو قال الرجل[٧] : « اقتل أخي » ، وهو وارثه ، فقتل ، لا يجب القود ، استحسانا ، وتجب الدية . وعند زفر : يقتل ـ ولهذا نظائر .

وأما الثاني[٨] :

< فهو > القتل[٩] بآلة لم توضع له ، ولم يحصل به الموت

---

(١) « إلى النفس » ليست في ا و حـ .

(٢) « اقتلني » ساقطة من حـ .

(٣) « هو » ليست في ب .

(٤) « له » من ب .

(٥) « قال » من ب .

(٦) في ب : « الجارح » .

(٧) في ا و ب و حـ : « لرجل » .

(٨) أي القتل شبه العمد (راجع ص ١٤٦) .

(٩) في ا : « إذا قتل » .

غالبا[١]، مثل السَّوْط[٢] الصغير[٣]، والعصا الصغير <ة>: فإنه يوجب المال، دون القصاص - بالإجماع.

فأما القتل بالعصا الكبير <ة>، وبكل آلة يحصل بها الموت[٤] غالبا، لكنها لا تجرح: فعند أبي حنيفة: هو[٥] شبه العمد، لا يوجب القود.

وعندهما: يوجب[٦] القود - وهو قول الشافعي.

وعلى هذا: إذا ضرب بالسوط الصغير، ووَالَى في الضربات[٧]، حتى مات: لا يجب القود عند أبي حنيفة، وعندهم[٨]: يجب - والمسألة معروفة.

وأما القتل الخطأ:

فهو أن يرمى سهما إلى صيد فأصاب آدميا، أو أَراد أن يَطْعَنَ قاتل أبيه[٩] فتقدمه رجل، فوقع فيه، ونحو ذلك.

وهو موجب للمال، دون القصاص، بالإجماع - لقوله تعالى: «ومن

---

(١) لعل الأصح: «ولا يحصل بها الموت غالبا» - انظر ما سيلي في المتن. ونقل الشلبي على الزيلعي (٦: ١٠٠) عن القدوري أن «شبه العمد عند أبي حنيفة أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا يجرى مجرى السلاح في تفريق الأجزاء. وقال أبو يوسف ومحمد: أن يتعمد الضرب بآلة لا يقتل بمثلها في الغالب - وهو قول الشافعي» - راجع الكاساني، ٧: ٢٣٣. والهداية وشروحها، ٩: ١٤٤. والزيلعي، ٦: ١٠٠.

(٢) كذا في ا و ب و حـ. وفي الأصل: «سوط».

(٣) «الصغير» ليست في ا. ففيها: «مثل السوط والعصا».

(٤) في ا و ب و حـ: «القتل».

(٥) «هو» ليست في ا و حـ.

(٦) في ا: «لا يوجب» - أي أنه عمد يوجب القود.

(٧) في ا: «في الضرب»

(٨) في حـ و ا: «وعندهما».

(٩) في حـ: «ابنه».

قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله »[١] .

وأما القتل بطريق التسبيب [٢] :

فنحو[٣] من حفر بئرا على قارعة الطريق ، فوقع فيه إنسان ، ومات[٤] ـ فإنه يجب عليه الدية دون القصاص ، بالإجماع ، لأنه مسبب[٥] للقتل ، وليس بمباشر ، لأن الحفر ليس بقتل .

وعلى هذا ـ شهود القصاص إذا رجعوا : لا يجب عليهم[٦] القصاص ، ولكن تجب عليهم[٧] الدية ، عندنا[٨] ، خلافا للشافعي ، لأنه لم يوجد منهم القتل مباشرة ، وإنما وجد منهم سبب القتل[٩] .

---

(١) سورة النساء : ٩٢ ونصها : « وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله وكان الله عليما حكيما » . وتليها الآية ٩٣ ونصها : « ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذابا عظيما » .

(٢) في ب : « التسبب » .

(٣) الفاء من ب .

(٤) في ا و ب و ح : « فمات » .

(٥) في ب : « السبب » .

(٦) « عليهم » ليست في ب .

(٧) « عليهم » من ح و ا .

(٨) « عندنا » ليست في ح و ا .

(٩) في ح و ا : « وإنما وجد منهم بسبب الشهادة » .

وأما بيان حكم[١] مادون النفس ـ فنقول :

كل مايمكن[٢] فيه القصاص[٣] ، وهو الفعل[٤] العمد[٥] الخالى عن الشبهة ، فإنه يوجب القصاص . وكل مالا يمكن فيه القصاص ، وهو الفعل الخطأ ، وما فيه شبهة : ففى بعض[٦] الأعضاء تجب دية كاملة ، وفى بعض الأعضاء يجب أرش مقدر[٧] ، وفى البعض تجب حكومة العدل[٨] ـ فنقول[٩] :

لاخلاف بين أصحابنا أنه لايجرى القصاص فيما دون النفس بين العبيد ، ولا بين الأحرار والعبيد ، ولا بين الذكر والأنثى ـ لأن القصاص فيها مبنى[١٠] على التساوى فى المنافع والأروش ، ولا مساواة بين هؤلاء فى منافع الأطراف والأروش ، ولهذا لا تقطع اليد الصحيحة بالشلاء ولا بمنقوصة[١١] الأصابع . وكذا لاتقطع اليمنى إلا باليمنى[١٢] ، ولا اليسرى إلا باليسرى .

---

(١) « حكم » ليست فى حـ و ا .

(٢) فى ا و ب : « فيما يمكن » . وفى حـ : « مما يمكن » .

(٣) في ا و حـ : « إيجاب القصاص » . وراجع فيما تقدم ص ١٤٢ و ١٤٩ .

(٤) فى ا و حـ : « القصاص والقتل » . وفى ب : « القصاص والفعل » .

(٥) فى ا و ب و حـ : « بطريق العمد » .

(٦) فى ا و ب و حـ : « أو الفعل خطأ أو فيه شبهة في بعض » .

(٧) فى حـ : « مقرر » .

(٨) فى ب : « عدل » وانظر فى كيفيتها ص ١٧٠ .

(٩) كذا في ب . وفي الأصل و ا و حـ : « أما الأول ـ فنقول » . وقد أثبتنا فى المتن مافى ب لأنه لم يقل فيما بعد : أما الثانى ... الخ .

(١٠) « فيها مبنى » من ا و ب و حـ . وفى الأصل : « القصاص مبناها » .

(١١) فى ب : « منقوصة » . وفى ا و حـ : « المنقوصة » .

(١٢) فى ا و ب و حـ : « اليمين إلا باليمين » .

وكذلك فى أصابع اليدين والرجلين : يؤخذ إبهام[١] اليمنى بإبهام اليمنى[٢] ، والسبابة بالسبابة ، والوسطى بالوسطى ، ولا يقطع الأصابع[٣] إلا بمثلها من القاطع .

وكذا لا تؤخذ العين اليمنى باليسرى[٤] ، ولا العين اليسرى باليمنى[٥] .

وكذلك فى الأسنان[٦] : الثنية بالثنية ، والناب بالناب ، والضرس بالضرس ، ولا يؤخذ الأعلى بالأسفل ، ولا[٧] الأسفل بالأعلى ، لما ذكرنا من التفاوت فى المنافع : وإنما يجرى القصاص فيما يمكن فيه[٨] التساوى ، لا فيما لا يمكن .

ولهذا ـ لو[٩] قطع الكف من المفصل أو من المرفق أو من الكتف : يجب القصاص . ولو قطع من الساعد أو من العضد[١٠] : لا يجب ، لأنه

---

(١) فى حـ : « بإبهام » .

(٢) فى ب : « إبهام اليمين بإبهام اليمين » .

(٣) « الأصابع » ليست فى ا و حـ .

(٤) فى ب : « بالعين اليسرى » .

(٥) فى ب : « بالعين اليمنى » .

(٦) هنا نهاية العبارة التى وردت فى غير موضعها فى حـ ـ راجع فيما تقدم الهامش ٧ ص ١٤٥ . والهامش ٣ ص ٨٥ .

(٧) « لا » من ا و ب و حـ .

(٨) « فيه » من ا و ب و حـ .

(٩) فى ب : « ولهذا إن من » .

(١٠) فى حـ و ب : « العضو » .

لا يعرف التساوى . وكذلك كل[١] ما كان فى[٢] غير المفاصل[٣] .

وكذلك فى الأسنان : إذا قلع أو كسر : يجب القصاص : فيقلع سن القالع ، ويكسر ، بقدره ، بالمبرد .

وأما العين إن قورت :[٤] < ف > لا يمكن القصاص فيها : فإن كانت العين قائمة وذهب ضوءها : فالقصاص ممكن ، بأن يجعل على وجهه القطن المبلول وتحمى مرآة وتقرب من عينه[٥] حتى يذهب ضوءها .

وروى عن أبى يوسف أنه لا يجب القصاص فى الأحول[٦] ، لأن الحول نقص فى العين ، والمماثلة شرط .

وفى الأذن إذا قطعت كلها[٧] ، أو بعضا معروفا[٨] — يقتص .

وأجمع أصحابنا <على> القصاص[٩] فى الحشفة والمارن[١٠] .

واختلف أبو يوسف ومحمد فى الأنف والذكر واللسان إذا استوعب

---

(١) « كل » ليست فى ا و ب و حـ .

(٢) فى ا و ب و حـ : « من » .

(٣) فى حـ : « المفصل » .

(٤) قور الشىء تقويرا قطع من وسطه خرقا مستديرا كما يقور البطيخ (المغرب) .

(٥) فى حـ و ب : « عينيه » .

(٦) فى ب : « فى الأحوال » .

(٧) كذا فى حـ و ا . وفى الأصل و ب : « قطع كله » .

(٨) كذا فى ب . وفى حـ : « أو بعضها معروف » . وفى ا : « أو بعضها » فقط . وفى الأصل : « أو بعضا أو مفزونا » . وفى الكاسانى (٧ : ٣٠٨ : ١٤) : « وأما الأذن فإن استوعبها ففيها القصاص لقوله تبارك وتعالى : « والأذن بالأذن » ولأن استيفاء المثل فيه ممكن ، فإن قطع بعضها فإن كان له حد يعرف ففيه القصاص وإلا فلا » .

(٩) فى الأصل و ا و حـ : « فى القصاص » . وفى ب : « بالقصاص » .

(١٠) المارن مادون قصبة الأنف وهو مالان منه (المصباح) . وانظر فيما بعد ص ١٥٩ .

كل واحد منهما : <ف> عند أبي يوسف : يجب القصاص ، وعند محمد : لايجب . وإنما يريد بقطع الأنف كل المارن[١] ، فأما قصبة الأنف <ف> عظم وأجمعوا أنه لايجب القصاص فى العظم[٢] ، لعدم الإمكان.

وفى حلق اللحية ، والرأس ، والحاجب[٣] ، والشارب إذا لم ينبت : لايجب القصاص ، وروى فى النوادر أنه يجب القصاص .

وأما فى الشجاج[٤] : <ف> لا خلاف أنه يجب القصاص فى الموضِّحة[٥] ، بأن ينتهى السكين إلى العظم. ولا خلاف أنه[٦] لا يجب القصاص فيما بعد الموضحة ، من الهاشمة[٧] وغيرها .

وأما فيما قبل الموضحة : <فقد> ذكر فى « الأصل » أنه يجب القصاص ، لأنه يمكن تقدير[٨] غَوْر الجراحة بمسمار ثم يعمل[٩] حديدة على قدرها[١٠] ، فتغمد[١١] فى اللحم إلى آخرها ، فيستوفى ، مثل مافعل .

---

(١) فى حـ : « الأنف كالمارن » . وفى ب : « الأنف كله والمارن » ـ راجع الهامش السابق .

(٢) فى أ : « عظم ولأنه لا يجب به القصاص فى العظم » . وفى حـ : « عظم فإنه لا يجب فى العظم » .

(٣) فى حـ و ا : « والحاجبين » .

(٤) فى حـ و ا : « الاشجاج » . وانظر فيما بعد ص ١٦٤ وما بعدها .

(٥) الموضحة هى التى توضح العظم . وستأتى فى « الشجاج » ـ انظر فيما يلى ص ١٦٥ والكاسانى ، ٧ : ٢٩٦ : ١٣ وما بعده .

(٦) « يجب القصاص فى الموضحة ... ولا خلاف أنه » ليست فى حـ .

(٧) الهاشمة هى التى تهشم العظم وستأتى فى الشجاج ـ انظر فيما يلى ص ١٦٥

(٨) « تقدير » من ا و ب و حـ .

(٩) فى ا و حـ : « بأن يعمل » .

(١٠) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « قدره » .

(١١) فى ا و ب و حـ : « فتنفذ » .

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يجب به القصاص[١] .

وأما بيان وجوب الدية ، ومقدارها ، وكيفيتها

فنقول :

الجناية الموجبة للدية إما إن كانت[٢] في النفس ، أو فيما دونها .

أما إذا كانت[٣] في النفس :

فيما بين الأحرار تجب دية كاملة ، يستوى فيها[٤] الصغير والكبير ، والوضيع والشريف ، والمسلم والذمي .

وقال الشافعي : في دية اليهود والنصارى[٥] أربعة آلاف درهم فضة[٦] ، وفي المجوس[٧] ثمانمائة درهم[٨] .

ثم مقدار الدية في الأحرار[٩] ألف دينار ، أو عشرة آلاف درهم فضة[١٠] ، أو مائة من الإبل - كل واحد أصل : وهو الظاهر في[١١] قول أبي حنيفة .

---

(١) « به القصاص » من حـ و ا .

(٢) و (٣) كذا في حـ و ا . وفي الأصل و ب : « كان » .

(٤) كذا في حـ و ا . وفي الأصل و ب : « فيه » .

(٥) في ا و ب و حـ : « اليهودي والنصراني » .

(٦) « درهم فضة » من ا و حـ .

(٧) في ا و ب و حـ : « المجوسي » .

(٨) « درهم » من ا .

(٩) في ا : « في الرجل الحر » .

(١٠) « فضة » من ا و ب و حـ .

(١١) في ا و حـ : « وهذا ظاهر في » . وفي ب : « وهذا ظاهر قول » .

وقال أبو يوسف ومحمد كذلك، وقالا[١] من البقر مائتا بقرة، ومن الغنم ألفا شاة، ومن الحلل مائتا حلة : كل حلة ثوبان: إزار ورداء[٢].

وروى عن أبي حنيفة في كتاب المعاقل مايدل على مثل[٣] قولهما، فإنه قال: إذا صالح الولى على أكثر من مائتي بقرة أو مائتي حلة: لم يجز[٤] في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد، ولو لم تكن هذه الأشياء أصولا لجاز[٥] الصلح على أكثر منها، كما لو صالح على عروض أخر تزداد قيمتها على الدية ـ وهذا عندنا.

وقال الشافعي: من[٦] الإبل والدنانير مثل قولنا[٧]، وفي الدراهم قال: اثني عشر ألفا.

وأصله ماروى عبيدة السلماني[٨] عن عمر أنه قضى في الدية من

---

(١) في ا : « ولكن ».
(٢) كذا في ب و ا . وفي الأصل و ح : « إزارا ورداء ».
(٣) « مثل » ليست في ح و ا .
(٤) كذا في ا و ب و ح. وفي الأصل : « لم يجزه ».
(٥) في ح : « لما جاز ». وفي ا : « جاز ».
(٦) في ا و ب و ح : « في ».
(٧) في ب : « قولهما ».
(٨) هو أبو مسلم ويقال أبو عمرو عبيدة بن قيس وقيل عبيدة بن عمرو وقيل عبيدة بن قيس بن عمرو ويقال له السلماني نسبة إلى بني سلمان بطن من مراد. أسلم قبل وفاة النبي صلى الله عليه وسلم بسنتين ولم يره. وسمع عمر بن الخطاب وعليا وابن مسعود وابن الزبير. وهو مشهور بصحبة علي. وروى عنه الشعبي والنخعي وابن سيرين وغيرهم. نزل الكوفة وورد المدينة وحضر مع علي قتال الخوارج. وكان أحد أصحاب ابن مسعود الذين يقرؤون ويفتون. وكان رابع أربعة بالكوفة أما الثلاثة الآخرون فهم الحارث وعلقمة وشريح. وتوفي سنة ٧٢ وقيل سنة ٧٣ وقيل سنة ٧٤ هـ. (النووي، التهذيب).

الدراهم[١] بعشرة آلاف ، ومن الدنانير بألف ، ومن الإبل بمائة ، ومن البقر بمائتين ، ومن الشياه[٢] بألفين ، ومن الحلل بمائتين .

وأما كيفية الأسنان فى الإبل :

< ف >قال أصحابنا فى دية الخطأ : إنها[٣] خمسة أنواع : عشرون بنت مخاض ، وعشرون ابن مخاض[٤] ، وعشرون بنت لَبُون ، وعشرون حقة ، وعشرون جذعة[٥] ـ وهو قول ابن مسعود[٦] .

وقال الشافعى : عشرون ابن لبون مكان ابن مخاض .

وأما دية شبه العمد ـ < ف >قال أبو حنيفة وأبو يوسف أرباعا: خمس وعشرون بنت مخاض ، وخمس وعشرون بنت لبون[٧] ، وخمس وعشرون حقة، وخمس وعشرون جذعة ـ وهو قول ابن مسعود .

وقال محمد : فى شبه العمد : ثلاثون حقة ، وثلاثون جذعة ، وأربعون

---

(١) « من الدراهم » ليست فى ا .

(٢) كذا فى ب . وفى الأصل و ا و حـ : « الشاه » والشياه جمع شاة (المصباح) .

(٣) «إنها» من ا و ب. وفى الأصل: « إنه » . وفى حـ: «قال أصحابنا : دية الخطأ خمسة» .

(٤) فى حـ و ا : « لبون » .

(٥) تقدم فى كتاب الزكاة (حـ ١ ص ٤٤٥) أن بنت المخاض هى التى أتت عليها سنة وطعنت فى الثانية . وبنت اللبون هى التى أتت عليها سنتان وطعنت فى الثالثة. والحقة هى التى تمت لها ثلاث سنين وطعنت فى الرابعة . والجذعة هى التى أتت عليها أربع سنين وطعنت فى الخامسة ـ وراجع فيما تقدم ص ١١٩ .

(٦) انظر ترجمته فى الهامش ١١ ص ١٧٠ .

(٧) « وخمس وعشرون بنت لبون » ليست فى حـ .

مابين ثنية[١] إلى بازل[٢] عامها ، كلها[٣] خلفة[٤] ـ وهو قول عمر وأبى موسى الأشعرى[٥] والمغيرة[٦] رضى الله عنهم .

وذكر فى «الأصل» : و[٧] عن على رضى الله عنه أنه قال فى شبه العمد أثلاث : ثلاثة وثلاثون حقة ، وثلاثة وثلاثون جذعة ، وأربعة وثلاثون[٨] خلفة فى بطونها أولادها[٩] .

وأما حكم الجناية فيما دون النفس خطأ ـ < فنقول >[١٠] :

قد[١١] تجب دية كاملة بتفويت[١٢] العضو ، وقد تجب الدية بتفويت

---

(١) الثنية من الإبل التى أثنت أى ألقت ثنيتها وهى ما استكملت السنة الخامسة ودخلت فى السادسة (المغرب) . وراجع فيما تقدم ص ١١٩ والهامش ٥ ص ١٥٧ .

(٢) البازل من الإبل مادخل فى السنة التاسعة والذكر والأنثى سواء (المغرب) . وراجع فيما تقدم الهامش ١ ص ١٢٠ .

(٣) « كلها » ليست فى ب .

(٤) الخلفة الحامل من النوق وجمعها مخاض وقد يقال خلفات (المغرب) .

(٥) راجع ترجمته فى الهامش ٢ ص ٢٧٩ من الجزء الأول .

(٦) المغيرة بن شعبة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم . أسلم عام الخندق . روى له عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ١٣٦ حديثاً . وكان موصوفا بالدهاء والحلم . شهد الحديبية مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وله فى صلحها كلام . وولاه عمر البصرة ثم الكوفة وأقره عليها عثمان ثم عزله . وشهد اليمامة وفتح الشام والقادسية وفتح نهاوند وهمدان . واعتزل الفتنة بعد قتل عثمان وشهد الحكمين ثم استعمله معاوية على الكوفة فلم يزل عليها حتى توفى سنة ٥٠ أو ٥١ هـ (النووى ، التهذيب) .

(٧) الواو من ا و ب و حـ .

(٨) فى حـ : « وأربعون » .

(٩) « ها » من ا و ب و حـ .

(١٠) تكلم فى هذا على : ١ ـ فوات عضو أو أكثر . ٢ ـ الشجاج (ص ١٦٤ ـ ١٦٧) . ٣ ـ الجروح (ص ١٦٧) .

(١١) « قد » ليست فى ا و ب . وفى حـ : « فقد » .

(١٢) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « لتفويت » .

معنى فى[١] النفس تفوت به النفس[٢] حكما فى حق[٣] جنس المنفعة ، وقد يجب أرش مقدر ، وقد تجب حكومة العدل[٤] .

فأما العضو الذى يجب كمال الدية بتفويته :

<ف>هو[٥] العضو الذى لانظير له فى البدن يفوت به جمال كامل أو[٦] منفعة بها قوام النفس ، وذلك نحو[٧] اللسان كله ، والأنف كله ، والذكر كله .

وتجب أيضا بقطع الحشفة ، والمارن[٨] ، وبعض اللسان إذا كان يمنعه من الكلام ، وكذا الإفضاء بين السبيلين بحيث لايستمسك البول و[٩] الغائط .

وكذا حلق شعر[١٠] رأس الرجل والمرأة ، وحلق لحية الرجل بحيث لاينبت ـ وهذا عندنا . وعند الشافعى : تجب حكومة العدل .

وأما حلق لحية العبد: ذكر[١١] فى «الأصل»: تجب[١٢] فيه حكومة

(١) فى ا و ب و حـ : « من » .
(٢) « النفس » ليست فى ا و حـ .
(٣) « حق » ليست فى ا و حـ .
(٤) انظر فى كيفية حكومة العدل ص ١٧٠ وفيما يجب فيه حكومة العدل ص ١٦٧ ومابعدها.
(٥) فى الأصل : « وهو » .
(٦) فى ا و حـ : « و » .
(٧) « نحو » ليست فى ا .
(٨) راجع فيما تقدم الهامش ١٠ ص ١٥٣ .
(٩) فى ا و ب و حـ : « أو » .
(١٠) « شعر » ليست فى ا و حـ .
(١١) « ذكر » ليست فى ا و حـ .
(١٢) « تجب » من ا و حـ .

العدل ، وفى رواية الحسن : تجب قيمة العبد .

و[١] قال أبو جعفر الهندوانى[٢] : إنما تجب الدية بحلق اللحية إذا كانت كاملة يتجمل[٣] بها . فإن كانت طاقات لا يتجمل[٤] بها : فلا شىء فيها[٥] . وكذلك فى لحية تشين ولا تزين[٦] ، بأن كانت على ذقنه شعرات[٧] . وإن كانت لحية[٨] يقع بها الجمال فى الجملة ، ولا[٩] يقع بها الشين : تجب فيها حكومة العدل .

وأما فوات المعنى :

فهو[١٠] ذهاب العقل ، والبصر ، والسمع ، والشم ، والذوق ، والكلام ، والجماع ، مع قيام الآلة[١١] التى تقوم بها هذه المنافع صورة — فتجب بكل[١٢] واحد منها الدية . وإنما يعرف فوات البصر بأن يلقى بين يديه

---

(١) الواو من ا و ب و حـ .

(٢) راجع ترجمته في الهامش ٥ ص ١٩ من المقدمة في الجزء الأول .

(٣) فى ب : « يحمل » . وفى حـ : « يحتمل » .

(٤) فى حـ : « لا يحتمل » .

(٥) فى حـ : « بها » .

(٦) فى الأصل : « ولا يزين » . والعبارة فى ا و حـ و ب : « وكذلك فى لحية المرأة لأنها تشين بها ولا تزين » . إلا أن فى ب : « لأنها تشين ولا تزين » .

(٧) « بأن كانت على ذقنه شعرات » ليست فى ا و ب و حـ .

(٨) فى ب : « لحيته » .

(٩) فى ب : « فلا » .

(١٠) فى ب : « فهو في » .

(١١) فى ا و ب و حـ : « الآلات » .

(١٢) فى ب : « لكل » .

حية ، فإن هرب يعلم أن بصره باق . وفى السمع يتغفل ثم ينادى ، فإن أجاب يعلم أنه لم يفت سمعه [١] .

. . .

وأما العضو الذى فى البدن منه اثنان - كالعينين ، والأذنين ، والشفتين ، والحاجبين إذا حلقا [٢] على وجه لا ينبتان [٣] ، واليدين ، والرجلين ، وثديي [٤] المرأة وحلمتيها [٥] - ففيهما الدية [٦] ، وفى واحد من ذلك نصف الدية .

وفى الأنثيين [٧] : إن قطعهما مع الذكر جملة ، من جانب واحد ، فى حالة واحدة [٨] ، فإنه يجب عليه ديتان : دية بإزاء الذكر ، ودية بإزاء الأنثيين .

وإن قطع الذكر أولا ، ثم الأنثيين : يجب ديتان أيضا ، لأن بعد قطع الذكر [٩] منفعة الأنثيين [١٠] قائمة ، وهى إمساك [١١] المنى .

---

(١) « وإنما يعرف ... سمعه » ليست فى ا و ب و حـ .
(٢) « إذا حلقا » من ا و حـ . وفى ب : « إذا حلقهما » .
(٣) كذا فى ا و حـ . وفى الأصل و ب : « لا ينبت » .
(٤) كذا فى ا . وفى الأصل و ب و حـ : « وثدى » .
(٥) كذا فى ب . وفى ا و حـ : « وحلمتيها » . وفى الأصل هكذا : « وحليها » .
(٦) « الدية » ليست فى حـ . وفى ا : « دية كاملة » .
(٧) فى حـ و ب : « الانثين » .
(٨) « واحدة » ليست فى ا و حـ .
(٩) « الذكر » ليست فى حـ .
(١٠) « الأنثيين » ليست فى حـ و ا .
(١١) فى ب : « وهو إمساكه » .

وأما إذا قطع الأنثيين أولا ، ثم الذكر : تجب الدية بقطع الأنثيين، لزوال[1] منفعة مخصوصة ، وتجب بقطع الذكر حكومة العدل ، لأن منفعة الإيلاد بطلت بفوات[2] الأنثيين[3] .

. . .

وفى أشفار العينين كلها الدية . وفى كل[4] واحد منها[5] ربع الدية إذا لم ينبت .

وكذا فى قطع الأجفان مع الأشفار : تجب دية كاملة وتصير الأجفان تابعة للأشفار .

فأما إذا قطع الأجفان التى لاأشفار لها: تجب حكومة العدل ـ وصار كقطع الأصابع وحدها : يوجب[6] دية كاملة ، لأن الكف[7] تبع ، ولو قطع الكف بدون الأصابع تجب حكومة العدل[8] . ولو قطع الكف مع الأصابع[9] تجب دية واحدة ، لأن الكف تبع ـ كذا هذا[10] .

. . .

---

(١) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « بزوال » .

(٢) فى ا و ب و حـ : « بقطع » .

(٣) فى ا و حـ : « الذكر » ـ راجع الهامش السابق .

(٤) « كل » ليست فى ا و حـ .

(٥) كذا فى ا و حـ . وفى الأصل و ب : « منهما » .

(٦) فى ا : « وذلك يوجب » .

(٧) فى حـ : « لأن الكف مع الأصابع » .

(٨) « ولو قطع الكف بدون الأصابع تجب حكومة العدل » ليست فى حـ و ا . وانظر فى كيفية حكومة العدل ص ١٧٠ .

(٩) فى حـ و ا : « الأصابع مع الكف » .

(١٠) « كذا هذا » من ا و ب و حـ .

وفى أصابع اليدين ، أو الرجلين ، كلها الدية الكاملة .

وفى كل إصبع عشر الدية ـ لا فضل للكبيرة على الصغيرة [١] .

ثم ما كان من الأصابع فيه ثلاثة مفاصل ففى كل مفصل ثلث دية الإصبع ، وما كان فيه مفصلان ففى كل واحد منهما نصف دية الإصبع .

وأصابع اليد والرجل فى الأرش سواء [٢] .

. . .

وفى الأسنان ـ فى كل سن إذا سقطت [٣] خمسمائة [٤] < درهم > ـ استوى [٥] فيه الأضراس والثنايا وغيرها .

فإذا اسودت السن من الضربة أو احمرت أو اصفرت : ففيه الأرش تاما عند أبى حنيفة .

وقد روى أبو يوسف [٦] عنه أنه قال : فيها حكومة العدل [٧] .

---

(١) كذا فى حـ و ا . وفى ب : « الكبيرة على صغيرة » . وفى الأصل : « للكبير على الصغير » ـ وانه وإن جاز تذكير الإصبع إلا أن التأنيث هو الغالب أو هو الأجود (المصباح)

(٢) « وأصابع اليد ... سواء » ليست فى ا و ب و حـ ـ وبدلا منها فى ا : « وقطع الإصبع فى الشل والصحيح سواء فى الأرش » وفى حـ : « فى الشل واليدين سواء فى الأرش » . وفى ب : « وقطع الإصبع فى الشلل واليدين فى الأرش سواء » . وما فى المتن هو الصحيح (راجع الكاسانى ، ٧ : ٢٩٧ ـ ٢٩٩ و ٣٠٣ : ١٠ وما بعده وابن الهمام ، ٨ : ٣١٠) . وفى الكاسانى (٧ : ٣١٤ : ٩ من أسفل) : « وسواء قطع الأصابع أو شل من الجراحة أو يبس ففيه عقله تاما لأن المقصود منه يفوت » .

(٣) « سقطت » ليست فى ا . وفى حـ : « قلع » .

(٤) فى ا و حـ : « خمسون دينارا » . وفى ب تشبه أن تكون : « خمسمائة »

(٥) فى ا و حـ : « يستوى » .

(٦) « أبو يوسف » من ا و ب و حـ . وفى الأصل مطموسة .

(٧) انظر فى كيفية حكومة العدل ص ١٧٠ .

وروى محمد عنه[١] أنه قال : إن كان حرا فلا شيء عليه ، وإن كان عبدا ففيه حكومة العدل .

وقالا[٢] : فيها حكومة العدل[٣] .

ثم هذا الحكم فى الأسنان بعد أن يستأنى[٤] بها سنة : فإن نبتت بيضاء[٥] مستقيمة : فلا شيء عليه . و[٦] إن نبتت سوداء أو حمراء أو صفراء[٧] أو خضراء : جعل <ت> كأن لم تكن ، لأنه لم يحصل بها الجمال والمنفعة .

. . .

وأما الشجاج[٨] ـ فقد ذكر المشايخ أن الشجاج إحدى عشرة شجة[٩] :

أولها الحادشة[١٠] ـ وهى التى تخدش[١١] الجلد .

---

(١) « عنه » ليست فى ح .

(٢) فى ا و ح : « وقال أبو يوسف » .

(٣) انظر الكاسانى ، ٧ : ٣١٥ : ١٧ وما بعده . وفيما بعد ص ١٧٠ .

(٤) كذا فى ب و ح . وفى الأصل و ا غير واضحة .

(٥) « بيضاء » ليست فى ب .

(٦) « و » ليست فى ح و ا .

(٧) « أو صفراء » من ا . وهى فى ح .

(٨) راجع الهامش ١٠ ص ١٥٨ . ويلاحظ أن الشجاج تختص بالوجه والرأس أما الجراح ففى سائر البدن (أى غير الوجه والرأس) ـ انظر فيما بعد ص ١٦٦ و ١٦٧ .

(٩) راجع الكاسانى ، ٧ : ٢٩٦ : ١٣ وما بعده . وراجع فيما تقدم ص ١٥٤ .

(١٠) فى ا و ب و ح : « الحارصة » . وكذا فى الكاسانى (٧ : ٢٩٦ : ١٣) . وفى الهداية (٤ : ١٣٤) « الحارصة (بالحاء لا بالخاء) وهى التى تحرص الجلد أى تخدشه ولا تخرج الدم » .

(١١) فى ا و ب و ح : « تشق » .

وبعدها الدامعة ـ وهى التى يخرج منها [١] ما [٢] يشبه الدمع .

وبعدها الدامية ـ وهى التى يخرج منها الدم .

وبعدها الباضعة ـ وهى التى تبضع اللحم [٣] .

وبعدها المتلاحمة ـ وهى التى تذهب فى اللحم أكثر مما تذهب الباضعة [٤] ـ هكذا روى عن أبى يوسف .

و [٥] قال محمد : المتلاحمة قبل الباضعة وهى التى يتلاحم فيها الدم ويسود .

وبعدها السِّمْحاق ـ وهى التى تصل إلى جلدة رقيقة فوق العظم : تلك الجلدة تسمى السمحاق .

ثم الموضِّحة ـ وهى التى توضح العظم [٦] .

ثم الهاشمة ـ وهى التى تهشم العظم .

ثم المنقِّلة ـ وهى التى يخرج منها العظم على وجه النقل [٧] .

ثم الآمَّة ـ وهى التى تصل إلى أم [٨] الدماغ ، وهى جلدة تحت العظم فوق الدماغ .

---

(١) « منها » من ا و ب و حـ .

(٢) فى ا : « ماء » . وفى الكاسانى (٧ : ٢٩٦ : ١٥) : « والدامعة هى التى يظهر منها الدم ولا يسيل ، كالدمع فى العين » .

(٣) أى تقطعه (الكاسانى ، الموضع السابق ، س ١٦) .

(٤) كذا فى ب . وفى الأصل و حـ : « مما يذهب بالباضعة » . وفى ا : « ما يذهب فى الباضعة » .

(٥) الواو من ا و ب و حـ .

(٦) فى ا و حـ أضاف : « وتبدى وضح العظم إلى سامه » .

(٧) « على وجه النقل » ليست فى ا و ب و حـ . وفى الكاسانى (٧ : ٢٩٦) : « والمنقلة هى التى تنقل العظم بعد الكسر أى تحوله من موضع إلى موضع » .

(٨) « أم » من ا و ب و حـ .

وروى محمد عنه[١] أنه قال : إن كان حرا فلا شيء عليه ، وإن كان عبدا ففيه حكومة العدل .

وقالا[٢] : فيها حكومة العدل[٣] .

ثم هذا الحكم فى الأسنان بعد أن يستأنى[٤] بها سنة : فإن نبتت بيضاء[٥] مستقيمة : فلا شيء عليه . و[٦] إن نبتت سوداء أو حمراء أو صفراء[٧] أو خضراء : جعل<ت> كأن لم تكن ، لأنه لم يحصل بها الجمال والمنفعة .

. . .

وأما الشجاج[٨] — فقد ذكر المشايخ أن الشجاج إحدى عشرة شجة[٩] :

أولها الحادثة[١٠] — وهى التى تخدش[١١] الجلد .

---

(١) « عنه » ليست فى ح .

(٢) فى ا و ح : « وقال أبو يوسف » .

(٣) انظر الكاسانى ، ٧ : ٣١٥ : ١٧ وما بعده . وفيما بعد ص ١٧٠ .

(٤) كذا فى ب و ح . وفى الأصل و ا غير واضحة .

(٥) « بيضاء » ليست فى ب .

(٦) « و » ليست فى ح و ا .

(٧) « أو صفراء » من ا . وهى فى ح .

(٨) راجع الهامش ١٠ ص ١٥٨ . ويلاحظ أن الشجاج تختص بالوجه والرأس أما الجراح ففى سائر البدن (أى غير الوجه والرأس) — انظر فيما بعد ص ١٦٦ و ١٦٧ .

(٩) راجع الكاسانى ، ٧ : ٢٩٦ : ١٣ وما بعده . وراجع فيما تقدم ص ١٥٤ .

(١٠) فى ا و ب و ح : « الخارصة » . وكذا فى الكاسانى (٧ : ٢٩٦ : ١٣) . وفى الهداية (٤ : ١٣٤) « الحارصة (بالحاء لا بالخاء) وهى التى تحرص الجلد أى تخدشه ولا تخرج الدم » .

(١١) فى ا و ب و ح : « تشق » .

وبعدها الدامعة ـ وهى التى يخرج منها [١] ما [٢] يشبه الدمع .

وبعدها الدامية ـ وهى التى يخرج منها الدم .

وبعدها الباضعة ـ وهى التى تبضع اللحم [٣] .

وبعدها المتلاحمة ـ وهى التى تذهب فى اللحم أكثر مما تذهب الباضعة [٤] ـ هكذا روى عن أبى يوسف .

و [٥] قال محمد : المتلاحمة قبل الباضعة وهى التى يتلاحم فيها الدم ويسود .

وبعدها السِّمْحاق ـ وهى التى تصل إلى جلدة رقيقة فوق العظم : تلك الجلدة تسمى السمحاق .

ثم الموضِّحة ـ وهى التى توضح العظم [٦] .

ثم الهاشمة ـ وهى التى تهشم العظم .

ثم المُنَقِّلة ـ وهى التى يخرج منها العظم على وجه النقل [٧] .

ثم الآمَّة ـ وهى التى تصل إلى أم [٨] الدماغ ، وهى جلدة تحت العظم فوق الدماغ .

---

(١) « منها » من ا و ب و حـ .

(٢) فى ا : « ماء » . وفى الكاسانى (٧: ٢٩٦: ١٥) : « والدامعة هى التى يظهر منها الدم ولا يسيل ، كالدمع فى العين » .

(٣) أى تقطعه (الكاسانى ، الموضع السابق ، س ١٦) .

(٤) كذا فى ب . وفى الأصل و حـ : « مما يذهب بالباضعة » . وفى ا : « ما يذهب فى الباضعة » .

(٥) الواو من ا و ب و حـ .

(٦) فى ا و حـ أضاف : « وتبدى وضح العظم إلى سامه » .

(٧) « على وجه النقل » ليست فى ا و ب و حـ . وفى الكاسانى (٧ : ٢٩٦) : « والمنقلة هى التى تنقل العظم بعد الكسر أى تحوله من موضع إلى موضع » .

(٨) « أم » من ا و ب و حـ .

ثم الدامغة - وهى التى تخرق الجلدة وتصل إلى الدماغ .

فهذه أحدى عشرة شجة . ولم يذكر محمد الخادشة[١]، ولا الدامغة، لأنه لا يتصل بهما الحكم غالبا ، لأن الخادشة[٢] لا يبقى لها أثر ، ولا حكم للشجة التى لا يبقى لها أثر[٣]، والدامغة لا يعيش معها الإنسان[٤] فيكون حكمه حكم القتل .

ثم فى الشجاج التي قبل[٥] الموضِحة تجب حكومة العدل .

وفى الموضِحة تجب خمس من الإبل .

وفى الهاشمة عشر من الإبل .

وفى المُنَقِّلة خمسة عشر[٦] من الإبل .

وفى الآمّة ثلث الدية .

ثم مواضع الشجاج عندنا هو الرأس[٧] ، والوجه فى مواضع العظم مثل : الجبهة ، والوجنتين ، والصدغين ، والذقن ، دون الخدين . ولا تكون الآمّة إلا فى الرأس ، وفى الوجه فى الموضع الذى يخلص منه إلى الدماغ[٨] .

---

(١) فى ب و حـ : « الخارصة » . وفى ا : « الحارصة » . راجع الهامش ١٠ ص ١٦٤ .

(٢) فى ا و ب : « الحارصة » . وفى حـ : « الخارضة » .

(٣) انظر فيما بعد ص ١٦٩ .

(٤) زاد فى ا و ب و حـ : « ويصير نفسا » وفى الكاسانى (٧ : ٢٩٦) : « والدامغة لا يعيش الإنسان معها عادة بل تصير نفسا ظاهرا وغالبا فتخرج من أن تكون شجة ... » .

(٥) فى ب : « تلى » .

(٦) كذا في ا و حـ . والهداية (٤ : ١٣٥) . وفى الأصل و ب : « خمس عشر » .

(٧) فى ا و حـ : « ثم فى مواضع عندنا وهى الوجه والرأس ... » وفى الكاسانى (٧ : ٢٩٦ : ٨ من أسفل) مثل مافى المتن .

(٨) « وفى الوجه ... إلى الدماغ » من ا و حـ . وفى ب : « وفى الوجه فى المواضع التى يخلص منه < ا > إلى الدماغ » . وهذه العبارة فى الكاسانى (٧ : ٢٩٦ : ٧ من أسفل) .

والصغيرة والكبيرة فى ذلك سواء ، لقوله عليه السلام: « فى الموضحة خمس من الإبل » من غير فصل .

. . .

ثم[١] **الجراح**[٢] **فى سائر البدن** – ليس فى شىء منها أرش معلوم ، سوى الجائفة ، وهى الجراحة النافذة إلى الجوف، و < المواضع التى تنفذ الجراحة منها إلى الجوف >[٣] هى : الصدر ، والظهر ، والبطن ، والجنبان[٤] ، دون الرقبة[٥] ، والحلق ، واليدين ، والرجلين – وفيها ثلث الدية . فإذا نفذت إلى الجانب الآخر ، فهى[٦] جائفتان ، وفى كل واحدة[٧] منهما[٨] ثلث الدية ، فإنه روى عن أبى بكر الصديق رضى الله عنه أنه حكم فى جائفة نفذت[٩] إلى الجانب الآخر بثلثى الدية ، وذلك بحضرة الصحابة[١٠] ، من غير خلاف .

. . .

---

(١) فى ا و ب و حـ : « وأما » .
(٢) فى ا : « الجروح » .
(٣) من الكاسانى ، ٧ : ٢٩٦ : ٢٤ . وفى ا و حـ : « وفى » بدلا من : « هى » .
(٤) «والجنبان» من ا و ب و حـ مع تصحيحها من حيث النحو إذ فيها : « والجنبين » مما يصح مع ما فى ا و حـ إذ قال « وفى ... الجنبين » كما بينا فى الهامش السالف . وهى فى الكاسانى (٧ : ٢٩٦ : ٢٤ – ٢٥) وأضاف إليها : « وما بين الأنثيين والدبر » .
(٥) كذا فى ا و ب و حـ والكاسانى ، ٧ : ٢٩٦ : ٢٥ . وفى الأصل: « دون الوجه ... » .
(٦) فى ب : « فهما » .
(٧) التاء من ب .
(٨) فى ب : « منها » .
(٩) فى حـ : « فى الجائفة التى نفذت » .
(١٠) « أنه حكم ... الصحابة » ليست فى ب .

وأما مايجب حكومة العدل فيه[١] — فقد ذكرنا بعضه .

ومن ذلك: كسر الضِلْع ، وكسر قصبة الأنف،وكسر[٢] كل عظم من[٣] البدن ، سوى السن : فيه حكومة العدل .

وكذا فى ثدى الرجل ،وفى حلمة[٤] ثدييه حكومة عدل دون ذلك[٥]، وفى أحدهما نصف ذلك .

وفى لسان الأخرس، وذكر الخصى ، والعنين[٦]،والعين القائمة[٧] الذاهب نورها[٨]، والسن السوداء[٩]، واليد الشلاء ، والذكر المقطوع الحشفة ، والكف المقطوع الأصابع[١٠] ، وكسر الظفر وقلعه بحيث لا ينبت أو نبت مع العيب .

وأما الصبي الطفل : ففى لسانه حكومة عدل[١١] ، مالم يتكلم . وفى يده ورجله[١٢] وذكره إذا كان يتحرك،مثل الكبير. وفى المارن[١٣]

---

(١) سيأتى بيان حكومة العدل فيما بعد (ص ١٧٠) .

(٢) « كسر » ليست فى ب . ففيها : « الأنف وكل» .

(٣) فى ا و ب و حـ : « فى » .

(٤) فى حـ :« جملة » .

(٥) « دون ذلك » من ا و ب و حـ .

(٦) « والعنين » ليست فى ب .

(٧) كذا فى ا و ب و حـ والكاسانى ، ٧ : ٢٢٣ : ١٥ . وفى الأصل :« القائمة ».

(٨) فى ب :« ضوها » .

(٩) فى الكاسانى (٧ : ٢٢٣ : ١٥ – ١٦) :« والسن السوداء القائمة » .

(١٠) فى حـ كذا :« المقطوع الأصل به » .

(١١) « عدل » ليست فى ا .

(١٢) فى ب : « ورجليه » .

(١٣) فى ا و حـ :« وفى مارن أنفه » . راجع الهامش ١٠ ص ١٥٣ .

والأذن : المقصود هو الجمال ، فحكمه حكم الكبير . وفى العين[١] ، إذا وجد ما يستدل به[٢] على البصر ، كالكبير .

وفى حلق[٣] رأس إنسان[٤] إذا نبت أبيض : على قول أبى حنيفة : لا يجب شىء إذا كان حراً ، لأن الشَّيب ليس بعيب ، وإن كان عبدا[٥] يجب ما نقصه . وقال أبو يوسف : تجب[٦] حكومة العدل فيهما[٧] .

وفى ثدى المرأة المقطوعة[٨] الحلمة ، والأنف المقطوع الأرنبة ، والجَفْن الذى لا أشفار له[٩] — حكومة العدل .

• • •

ثم الشجة إذا التحمت ، ونبت الشعر — لا يجب فيها[١٠] شىء على الشاج عند أبى حنيفة . لأن الشَّيْن الذى لحقه بسببه قد[١١] زال . وقال أبو يوسف : تجب عليه[١٢] حكومة عدل[١٣] فى الألم . وقال محمد[١٤] : يلزمه

• • •

(١) فى ب : « وفى العينين » . وفى ا و ح : « ففى عينيه » .

(٢) « به » ليست فى ا و ح .

(٣) « حلق » ليست فى ا و ح .

(٤) فى ا و ب : « الشاب » . وفى ح : « الشباب » .

(٥) « عبدا » ليست فى ح . وفى ا : « رقيقا » .

(٦) « تجب » ليست فى ب .

(٧) « فيهما » ليست فى ب . و « العدل فيهما » ليست فى ا . والعبارة هنا أظهر منها فى الكاسانى (٧ : ٣٢٤ : ١٨ - ٢٢) .

(٨) فى ا : « المقطوع » . والثدى يذكر ويؤنث (المصباح) .

(٩) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « لها » .

(١٠) « فيها » ليست فى ا و ح .

(١١) « قد » من ا . وفى ح : « وقد » .

(١٢) « عليه » ليست فى ا و ح .

(١٣) « عدل » من ا و ح . وفى ب : « العدل » .

(١٤) « محمد » ليست فى ح .

أجرة الطبيب[١] .

. . .

واختلف المتأخرون[٢] من أصحابنا فى **كيفية الحكومة** :

فقال الطحاوى[٣] : يقوم المجنى عليه ، لو كان عبدا ، صحيحا ، ويقوم وبه الشجة ـ فما نقص بين[٤] القيمتين كان أرشا[٥] فى شجة الحر[٦] .

وكان أبو الحسن[٧] الكرخى[٨] يقول : يقرب من[٩] الشجة < التى >[١٠] لها أرش مقدر ، بالحزر والظن : يحكم بذلك أهل العلم بالجراحات .

tahmin

وأما حكم النساء ـ فنقول :

إن دية المرأة على النصف من دية الرجل بإجماع[١١] الصحابة ، مثل عمر وعلى وابن مسعود[١٢] وزيد بن ثابت[١٣] رضى الله عنهم وغيرهم :

---

(١) راجع فيما تقدم ص ١٦٦ .

(٢) فى ا و حـ : « المشايخ المتأخرون » .

(٣) راجع ترجمته فى الهامش ٤ ص ٩ من الجزء الأول .

(٤) فى ب : « من » .

(٥) فى ا و ب و حـ : « أرشها » .

(٦) راجع مختصر الطحاوى ، ص ٢٣٨ .

(٧) و (٨) « أبو الحسن » من ا و ب و حـ . راجع ترجمته فى الهامش ٣ ص ٩ من الجزء الأول .

(٩) « يقرب من » من ا و ب و حـ .

(١٠) وكذا فى الكاسانى ، ٧ : ٣٢٤ : ٢ من أسفل .

(١١) فى ب : « لاجماع » .

(١٢) و (١٣) عبد الله بن مسعود ـ من كبار الصحابة وساداتهم وفقهائهم ومقدميهم فى القرآن والفقه والفتوى وأصحاب الخلق . كان من المتقدمين فى الإسلام إذ كان سادس ستة . هاجر إلى الحبشة ثم إلى المدينة . وشهد بدرا وأحدا والخندق وغيرها واليرموك . روى له عن رسول =

فإنهم[١] قالوا : دية المرأة على النصف من دية الرجل ، إلا أن ابن مسعود قال : إلا[٢] فى[٣] الموضحة والسن : فإنها كالرجل .

وأما فيما دون النفس من المرأة : فإنه يعتبر بديتها : فيتنصف كديتها ، لأن المرأة فى ميراثها وشهادتها بمنزلة النصف من الرجل. فكذا فى الدية.

وقال ابن مسعود : تعاقل[٤] المرأة الرجل فيما كان أرشه نصف عشر الدية ، يعنى ما كان أقل من ذلك فالرجل والمرأة فى ذلك سواء ، واستدل بالغرة[٥] .

= الله صلى الله عليه وسلم ٨٤٨ حديثا . وفى صحيح مسلم عنه أنه قال : « والذى لا إله غيره مامن كتاب الله سورة إلا أنا أعلم حيث نزلت وما من آية إلا أنا أعلم فيما نزلت ولو أعلم أحداً هو أعلم بكتاب الله منى تبلغه الإبل لركبت إليه » . نزل بالكوفة فى آخر أمره وتوفى بها سنة ٣٣ هـ . وهو ابن بضع وستين سنة (النووى ، التهذيب) .

وزيد بن ثابت — صحابى . وهو كاتب الوحى والمصحف ومراسلات النبى صلى الله عليه وسلم إلى الناس . وكان يكتب لأبى بكر وعمر فى خلافتهما . وكان أحد الثلاثة الذين جمعوا المصحف . استصغره النبى صلى الله عليه وسلم يوم بدر فرده . وقيل شهد أحدا . وشهد الخندق وما بعدها من المشاهد . وكان من الراسخين فى العلم وأعلم الصحابة بالفرائض للحديث : « أفرضكم زيد » . وتوفى بالمدينة سنة ٥٤ هـ . (أو نحوها) (النووى ، التهذيب) .

(١) الفاء من ا و حـ .

(٢) « إلا » ليست فى ا و حـ .

(٣) « فى » من ا و حـ .

(٤) أى تساويه فى العقل وهو الدية فتأخذ كما يأخذ الرجل (المغرب) .

(٥) « واستدل بالغرة » من ا و ب و حـ . وفى الكاسانى (٧ : ٣٢٢ : ٢ وما بعده) : « وعن ابن مسعود رضى الله عنه أنه قال : تعاقل المرأة الرجل فيما كان أرشه نصف عشر الدية كالسن والموضحة أى ما كان أرشه هذا القدر فالرجل والمرأة فيه سواء لا فضل للرجل على المرأة ... واحتج ابن مسعود رضى الله عنه بحديث الغرة : أنه عليه الصلاة والسلام قضى فى الجنين بالغرة ، وهى نصف عشر الدية ، ولم يفصل عليه الصلاة والسلام بين الذكر والأنثى. فيدل على استواء أرش الذكر والأنثى فى هذا القدر » . والغرة هى بدل جنين الحرة ، ومقدارها خمسمائة درهم أى نصف عشر دية الرجل وعشر دية المرأة . وسيأتى الكلام عليها فيما بعد (ص ١٨١ وما بعدها) .

وقال سعيد بن المسيِّب[١] : تعاقل المرأة الرجل إلى ثلث ديتها : يعنى ما كان أقل[٢] من ثلث الدية ، فالرجل والمرأة فيه سواء[٣] .

وروى أن ربيعة الرأى[٤] سأل سعيد بن المسيب عن رجل قطع إصبع امرأة ، فقال : فيها عشر من الإبل ، قال : فإن قطع ثلاثا قال : فيها[٥] ثلاثون من الإبل ، قال : فإن قطع أربعة ، قال : فيها عشرون من الإبل[٦] ، فقال ربيعة : لما[٧] عظم ألمها و[٨] زادت مصيبتها ، قل أرشها . فقال له : أعراقى[٩] أنت ؟ قال : لا[١٠] ! بل جاهل متعلم ، أو عالم

---

(١) سعيد بن المسيب (بالفتح والكسر) ـ إمام التابعين وأحد فقهاء المدينة السبعة . متفق على إمامته وجلالته . وكان زوج بنت أبى هريرة . ورأى عمر وسمع منه ومن عثمان وعلى وابن عباس وابن عمر وغيرهم . وروى عنه جماعات من أعلام التابعين . ولد لسنتين مضتا من خلافة عمر وقيل لأربع . وتوفى سنة ٩٣ أو ٩٤ هـ . (النووى ، التهذيب) .

(٢) « أقل » ليست فى ا .

(٣) فى الكاسانى (٧ : ٣٢٢ : ٤) : « وهو مذهب أهل المدينة ويروون أنه عليه الصلاة والسلام قال : تعاقل المرأة الرجل إلى ثلث ديتها ـ وهذا نص لا يتحمل التأويل » .

(٤) فى حـ : « وروى عن ابن ربيعة الرازى » . وفى ا : « وروى عن ربيعة الرارى » . و « ربيعة الرأى » هو أبو عثمان ويقال أبو عبد الرحمن بن ربيعة . وقد قيل له « ربيعة الرأى » لأنه كان يعرف بالرأى والقياس . وهو تابعى سمع أنس بن مالك والسائب بن يزيد الصحابيين وابن المسيب ومكحول وغيرهما . وهو شيخ مالك ، وقد روى عنه هو والثورى والليث والأوزاعى وغيرهم . وتوفى بالمدينة سنة ١٣٦ هـ . (النووى ، التهذيب) .

(٥) فى ب : « فقال : فإن قطع ثلاثة ففيها » . والإصبع يذكر ويؤنث (المصباح) .

(٦) « من الإبل » من ب . و « قال : فإن قطع ثلاثا ... عشرون من الإبل » ساقطة من ا و حـ .

(٧) فى حـ كذا : « أنا » .

(٨) « و » من ا و ب و حـ .

(٩) كذا فى الكاسانى (٧ : ٣٢٢ : ١٢) . وكذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « أعرابى » .

(١٠) « لا » ساقطة من حـ .

متبين[١] ، فقال : هكذا السنة يا ابن أخ[٢] ! ـ أراد بذلك سنة زيد بن ثابت[٣] .

وما قال ربيعة فهو حجتنا فى المسألة : أن ما قالوا يؤدى إلى أن[٤] يقل[٥] الأرش عند كثرة الجناية ـ وهذا لا يصح ، لأن[٦] مادون النفس معتبر بدية النفس ، بدلالة مازاد على ثلث الدية .

وأما فى العبد :

إذا قتله حر خطأ : ﴿ ف ﴾ إن كان قليل القيمة : فإنه يجب قيمته بالإجماع . فأما إذا كان كبير[٧] القيمة ، بأن زادت قيمته على دية الحر : قال أبو حنيفة ومحمد : يجب عشرة آلاف إلا عشرة . وقال أبو يوسف والشافعى : تجب[٨] قيمته[٩] بالغة ما بلغت ، إلا أن[١٠] عند

---

(١) كذا فى ب والكاسانى ، ٧ : ٣٢٢ : ١٣ . وفى الأصل : « أو عالم متدين » . وفى ا و حـ : « جاهل متعلم منيب » .

(٢) فى ا و حـ : « يا ابن أخى » .

(٣) راجع ترجمته فى الهامش ١٢ ـ ١٣ ص ١٧٠ ـ ١٧١ .

(٤) « أن » من ا و ب و حـ .

(٥) كذا فى ب . وفى ا و حـ والأصل : « نقل » .

(٦) كذا فى حـ و ا . وفى الأصل : « ولأن » . وفى ب : « لا يصح وهذا لأن » .

(٧) كذا فى ب . وفى الأصل و حـ : « كثير » . وفى ا : « أكثر » .

(٨) « تجب » ساقطة من ا و حـ .

(٩) « قيمته » ليست فى ا و ب و حـ .

(١٠) « أن » ليست فى ا و حـ .

الشافعى تجب بمقابلة[١] المالية ، وعند[٢] أبى يوسف تجب بمقابلة الدم[٣] ، ولهذا قال[٤] : مقدار الدية يجب على العاقلة ، ويجب مؤجلا فى ثلاث سنين ، ويدخل فيه الإبل ، كما قالا — والمسألة معروفة .

وأما إذا قتله عبد ، خطأ : فإنه يجب الدفع أو[٥] الفداء[٦] .

وأما إذا جنى العبد على حر ، أو على عبد غير المولى : < ف > إن كان عمدا[٧] يجب[٨] القصاص. وإن كان خطأ ، فى نفس ، أو فيما دونها ، قل أرشها أو كثر ، فذلك[٩] فى رقبة العبد الجانى و[١٠] ليس فى ذمة المولى منه شىء ، ويكون المولى بالخيار : إن شاء دفع العبد[١١] بالجناية ، وإن

---

(١) فى ب : « مقابلة » .

(٢) فى ب : « وعن » .

(٣) فى ب : « بمقابل الدية » . وفى ا : « بمقابلة الدمية » . وفى حـ : « بمقابلة الآدمية » . راجع الكاسانى ، ٧ : ٢٥٧ : ١٤ .

(٤) فى ب : « ولهذا فإن مقدار » . وفى ا و حـ : « ولهذا قالوا بمقدار ... » .

(٥) فى حـ : « و » .

(٦) فى الأصل و ا و ب و حـ هكذا : « الفدا » فى هذا الموضع وفيما سيلى . فأضفنا الهمزة . وفى المغرب : فداه من الأسر فداء وفدى استنقذه منه بمال والفدية اسم ذلك المال . والمفاداة بين اثنين يقال فاداه إذا أطلقه وأخذ فديته . وعن المبرد المفاداة أن يدفع رجلا ويأخذ رجلا والفداء أن يشتريه وقيل هما بمعنى والمراد بقوله فى الديات : « وإن أحبوا فادوا » إطلاق القاتل أو وليه وقبول الدية لأنها عوض الدم كما أن الفدية عوض الأسير .

(٧) فى حـ : « عبدا » .

(٨) فى ا و ب و حـ : « يجب عليه » .

(٩) كذا فى ا و حـ . وفى الأصل : « وذلك » . وهى ليست فى ب .

(١٠) الواو من ا و حـ .

(١١) « العبد » ليست فى ا و حـ .

شاء فدى[١] عنه ، بجميع الأرش ، لإجماع[٢] الصحابة على ذلك .

فإن مات العبد[٣] قبل أن يختار الفداء ، فلا شيء[٤] على المولى ، لأن الحق متعلق بالعين ، فيزول بزواله . وإن كان بعد اختيار الفداء[٥] ، لم يبطل[٦] ، لأنه انتقل الحق إلى ذمة المولى بالتزامه .

وإن جنى العبد على جماعة : فالمولى بالخيار : بين أن يدفع العبد إليهم وكان[٧] مقسوما بينهم[٨] ، على قدر ما لكل[٩] واحد منهم من[١٠] أرش الجناية ، وبين أن يمسك العبد[١١] ، ويفدى بأرش[١٢] الجنايات كلها ، لما ذكرنا .

ولو[١٣] تصرف المولى فى العبد الجانى ، بعد العلم بالجناية[١٤] ، تصرفا

---

(١) فى حـ : « فدت » . وفى ب كذا : « أفدى عينه » .
(٢) فى ا و حـ : « بإجماع » .
(٣) زاد فى ا و حـ : « بالجناية » .
(٤) الفاء من ا .
(٥) « فلا شىء على المولى ... اختيار الفداء » ليست فى حـ .
(٦) فى ا و ب و حـ : « لم يبطل الفداء » .
(٧) فى حـ : « وكان الثمن مقسوما » .
(٨) « بينهم » ليست فى ا و حـ .
(٩) فى ا و حـ : « قدر كل » .
(١٠) فى ا و حـ : « فى » .
(١١) « العبد » ليست فى ا و حـ .
(١٢) فى ا و ب و حـ : « ويغرم أرش » بدلا من : « ويفدى بأرش » .
(١٣) كذا فى ب . وفى الأصل و ا و حـ : « فلو » .
(١٤) فى ا و ب و حـ : « بالخيار » .

يخرجه[١] عن ملكه ، نحو[٢] البيع والهبة والإعتاق ، أو[٣] أقر به[٤] لرجل ، أو كانت أمة فاستولدها — فإنه[٥] يصير مختارا للفداء : بالدية إن[٦] كانت[٧] الجناية فى النفس ، وبالأرش[٨] إن كانت الجناية فيما دون النفس ، لأن المخير بين الشيئين إذا فعل ما يدل على اختيار أحدهما ، أو منع[٩] من اختيار أحدهما — تعين الآخر للاختيار ، ومع[١٠] هذه التصرفات تعذر الدفع .

وإن كان لا يعلم بالجناية[١١] يلزمه قيمة عبده ، إذا كانت أقل من الأرش ، لأنه لا يصير مختارا بلا علم ، ولكن امتنع التسليم إلى الولى بفعله[١٢] ، مع تعلق حق الولى به[١٣] ، فيصير متلفا عليه هذا القدر ، فيلزمه ذلك

---

(١) كذا فى ا و ب و ﺣ . وفى الأصل يشبه : « يخرج » .
(٢) فى ﺣ : « بحق » .
(٣) فى ﺣ : « و » .
(٤) « به » ليست فى ب .
(٥) « فإنه » ليست فى ا و ﺣ .
(٦) فى ب : « وإن » .
(٧) كذا فى ا و ب و ﺣ . وفى الأصل : « كان » .
(٨) فى ب : « والأرش » .
(٩) كذا فى ﺣ و ا . وفى الأصل و ب : « يمنع » .
(١٠) فى ا : « أحدهما بعين ومع » . وفى ﺣ : « أحدهما بعين الاختيار ومع » .
(١١) « بالجناية » من ا و ﺣ .
(١٢) فى ا و ﺣ : « ولى الجناية بفعله » . وفى ب : « إلى الولى وبفعله » .
(١٣) « به » ليست فى ب .

القدر[١] ، ولا حق لولى الجناية فيما زاد عليه .

. . .

وأما جناية المدبر وأم الولد[٢] :

ففي[٣] مال المولى ، حالة ، دون عاقلته - يعتبر الأقل من أرش الجناية ومن قيمته[٤] ، لأن الأصل فى جناية العبد هو دفع الرقبة[٥] ، إلا أنه بالتدبير والاستيلاد صار مانعا من التسليم ، من غير اختيار - فكأنه دبره ، وهو لا يعلم بالجناية ، فيلزمه الأقل من ذلك ، لما ذكرنا .

ولا يلزم المولى بجنايتهما أكثر[٦] من قيمة واحدة ، وإن كثرت الأروش : يستوى فيه من تقدم أو تأخر فى الجناية ، لأن المنع منع واحد ، والضمان يتعلق به ، فجعل كأن الجنايات اجتمعت ، ثم دبره[٧] وهو لا يعلم بها . ويعتبر قيمة المدبر لكل واحد منهم يوم[٨] جنى عليه ،

---

(١) « القدر » من ا و حـ .

(٢) راجع فى الجزء الثانى : باب أم الولد (ص ٤٠٦ وما بعدها) ، وباب المدبر (ص ٤١١ وما بعدها) .

(٣) الفاء من ا و حـ . وفى الأصل و ب : « فى » .

(٤) « يعتبر الأقل ... قيمته » من ا و ب و حـ . وفي الأصل : « بقدر قيمته » وفى الكاسانى (٧ : ٢٦٦ : ٨ من أسفل وما بعده) : « فأصل الواجب بها قيمة المدبر على المولى ... وأما مقدار الواجب فمقدار الواجب بهذه الجناية الأقل من قيمته ومن الدية » .

(٥) فى حـ : « هو الدفع لرقبته » . وفى ا : « الدفع للرقبة » .

(٦) « أكثر » ليست فى حـ و ا . وفى ا : « بجنايتهما عن قيمته » .

(٧) فى ب : « ثم دبر » .

(٨) في ب : « من يوم » .

ولا يعتبر القيمة يوم التدبير ، لأنه[١] صار مانعا بالتدبير السابق عن تسليمه فى حال الجناية .

. . .

وأما جناية المكاتب[٢] :

< ف > عليه دون[٣] سيده ، ودون عاقلته — يحكم عليه بالأقل من قيمته ومن أرش جنايته . وهذا لأن الواجب الأصلى هو[٤] دفع الرقبة ، وتسليم رقبته ممكن ، فى الجملة ، بأن عجّز[٥] نفسه ، فيكون متعلقا برقبته على طريق التوقف[٦]: فلا[٧] ينتقل الحق من رقبته إلى ذمته ، ليؤدى[٨] من كسبه ، إلا بأحد معان ثلاثة : إما بحكم الحاكم بأرشها عليه ، أو يصطلحوا على الأرش ، أو يموت ويترك مالا أو ولدا[٩] — وهذا الذى ذكرنا[١٠] مذهبنا .

---

(١) فى حـ : « لأنها » .

(٢) راجع باب الكتابة فى الجزء الثانى (ص ٤١٦ وما بعدها) .

(٣) « صار مانعا ... عليه دون » ليست فى ب .

(٤) « هو » ليست فى حـ و ا .

(٥) فى ا و حـ : « يعجز » . وعبارة الكاسانى (٧ : ٢٦٨ : ٩ من أسفل) : « ولنا أن الحكم الأصلى فى جناية العبد هو وجوب الدفع ، وامتناعه ههنا لعارض لم يقع اليأس عن زواله ، وهو الكتابة ، لاحتمال العجز ، لأنه ربما يعجز ، فيرد فى الرق ، فيتبين أن الجناية صدرت من القن ، فلا يمكن قطع القول بصيرورة قيمته دينا فى ذمته إلا من حيث الظاهر ، والأمر فى الحقيقة على التوقف » .

(٦) فى ب و حـ : « التوقيف » . وفى ا : « التوفيق » . راجع الهامش السابق .

(٧) فى ب و حـ : « ولا » .

(٨) فى ا : « تؤدى » .

(٩) فى ب : « مالا وولدا » .

(١٠) « ذكرنا » ساقطة من حـ . وفى ا : « وهذا مذهبنا » .

وقال زفر : إن جنايته تجب في ذمته (١) ، بمنزلة الحر (٢) .

وثمرة الخلاف تظهر في مواضع :

— من ذلك أن المكاتب إذا عجز ، قبل انتقال الجناية من رقبته - يقال المولى : ادفعه أو افده . وعند (٣) زفر : يباع في الأرش (٤) .

— ومن ذلك أيضا أن المكاتب إذا جنى ثم جنى قبل القضاء بالجناية الأولى (٥) عليه ، يقضى عليه بقيمة واحدة ، لأن الجناية تتعلق بالرقبة ، والرقبة الواحدة تتضايق عنهما ، كجنايتي (٦) العبد . وعند زفر : يحكم في كل جناية بقيمته ، لأنها تجب عنده في الذمة ولا تضايق فيها (٧) .

• • •

وأما جناية العبد و (٨) المدبر وأم الولد على مولاهم (٩) أو على ماله (١٠) ، خطأ : < ف > تكون هدرا ، لأنه لو وجب الضمان ، يجب على العبد المولى (١١) ، والمولى لا يجب له مال على عبده (١٢) .

---

(١) في ا و ح : « في الذمة » .

(٢) « الحر » ساقطة من ا . وفي ح كذا : « اخر » .

(٣) في ا و ح : « وقال » .

(٤) « في الأرش » ليست في ا .

(٥) « الأولى » من ا و ح .

(٦) في ح : « كجناية » .

(٧) في ا و ح : « ولا يتضايق » اهـ . وزاد هنا في ب : « والله تعالى أعلم » .

(٨) « العبد و » من ا و ب و ح . وفي الأصل : « وأما جناية المدبر . . . الخ » .

(٩) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « مولاهما » - انظر الهامش السابق .

(١٠) كذا في ب . وفي الأصل : « مالهما » . وفي ح و ا : « مالهم » .

(١١) « المولى » من ا و ب و ح .

(١٢) « والمولى . . . عبده » ليست في ا و ب و ح .

وكذا[١] **الجناية من المولى، عليهم**: تكون[٢] هدرا أيضا[٣]، إلا أن فى المدبر يجب عليه[٤] أن يسعى فى قيمته إذا قتل[٥] المولى خطأ، لأن العتق[٦] وصية، فلا يجوز أن يسلم[٧] للقاتل[٨].

. . .

وأما جناية **المكاتب على مولاه، وجناية مولاه**[٩] عليه[١٠] — خطأ، فلا زمة[١١]، لأن المكاتب أحق[١٢] بمنافعه، وأكسابه[١٣]، فيكون كالحر سواء.

وأما الجنين — < فنقول >:

إذا ضرب الرجل بطن[١٤] **امرأة، حرة** — فألقت جنينا ميتا[١٥]: فعليه

---

(١) كذا في ب. وفى الأصل: «فكذا». وفي حـ و ا: «ثم».
(٢) «تكون» من ا و ب و حـ.
(٣) «أيضا» من ا و ب و حـ.
(٤) «عليه» ليست في ا و حـ.
(٥) فى الأصل و ب: «إذا قبل».
(٦) فى ا و حـ: «عتقه».
(٧) فى ا و حـ: «تسلم». انظر الهامش التالى.
(٨) العبارة فى الكاسانى (٧: ٢٧٠: ٢٢—٢٥): «ولو كان مدبرا فقتل مولاه خطأ: فجنايته هدر، وعليه السعاية فى قيمته، لأنه لو وجبت الدية لوجبت على المولى، لأنه لو جنى على أجنبى لوجبت الدية عليه: فههنا أولى، ولا سبيل الى الإيجاب له وعليه، إلا أنه يسعى فى قيمة نفسه لأن العتق يثبت بطريق الوصية: ألا ترى أنه يعتبر من الثلث، والوصية لا تسلم للقاتل، إلا أن العتق بعد وقوعه لا يحتمل الفسخ فوجب عليه قيمة نفسه».
(٩) في ا و حـ: «المولى».
(١٠) «عليه» ليست في ب.
(١١) «فعليه الأقل من قيمته أو الدية» الكاسانى ٧: ٢٧١: ٧.
(١٢) في ا و حـ: «أولى».
(١٣) فى حـ: «منافع أكسابه». وفي ا: «بمنافع أكسابه».
(١٤) فى ب: «فى بطن».
(١٥) «ميتا» من ا و ب و حـ.

الغرة[١] ، وهى عبد أو أمة تعدل خمسمائة درهم[٢] ، ذكرا كان الجنين أو أنثى .

وكان القياس فيه[٣] أن لا يجب شىء ، لأنه يحتمل أنه لم يكن فيه حياة ، وقت الضرب ، ولهذا لو ضرب بطن دابة ، فألقت جنينا ، ميتا ، لا يجب الضمان . وفى الاستحسان : يجب ،لإجماع الصحابة على ذلك . ويكون على العاقلة .

ولو ألقته[٤] حيا ، فمات[٥] من ساعته ، فعليه[٦] الدية ، كاملة ، على العاقلة ، لأنها صارت نفسا[٧] من كل وجه[٨] .

ولو ماتت الأم بالضرب ، ثم خرج الجنين ، ميتا : لا يلزمه الغرة ،

---

(١) فى المغرب : غرة المال خياره كالفرس والبعير النجيب والعبد والأمة الفارهة ومنه الحديث« وجعل فى الجنين غرة : عبدا أو أمة » أى رقيقا أو مملوكا ثم أبدل عبدا أو أمة. وقيل : أطلق اسم الغرة وهى الوجه على الجملة كما قيل رقبة ورأس ، فكأنه قيل : وجعل فيه نسمة : عبدا أو أمة . وقيل : أراد الخيار دون الرذال . وعن أبى عمرو بن العلاء : لو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أراد بالغرة معنى لقال : « فى الجنين عبدا أو أمة » ، ولكنه عنى البياض فلا يقبل فى دية الجنين إلا غلام أبيض وجارية بيضاء - وانظر الكاسانى ، ٧ : ٣٢٥ : ٢٤

(٢) « درهم » من ب . والعبارة فى ا : « فعلية غرة وهى خمسمائة درهم فضة أو خمسون دينارا ،ذكرا كان الجنين أو أنثى » .

(٣) « فيه » من ب .

(٤) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « ألقت » .

(٥) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل يشبه : « فاتت » .

(٦) فى ا و ب و حـ : « ففيه » .

(٧) في حـ : « لأنه صار نفسا » .وفي ا : « لأنه قتل نفسا » . انظر الهامش التالى .

(٨) « والجنين نفس من وجه دون وجه بدليل أنه لايجب فيه كمال الدية » الكاساني ، ٧ : ٣٢٦ : ١٩

لاحتمال أنه مات بسبب الخنق ، فزاد ههنا احتمال[١] آخر .

وأصل الوجوب ثبت بخلاف القياس ، فلايقاس عليه[٢] ماليس نظيره.

. . .

ولو ضرب بطن أمة ، فألقت جنينا ، ميتا : يغرم[٣] نصف عشر قيمته إن كان ذكرا ، وعشر قيمتها[٤] إذا كان أنثى . وقال الشافعى : فيه عشر قيمة الأم .

وهذا لما ذكرنا[٥] أن الواجب فى الجنين الغرة ، بالنص ، وهوخمسمائة درهم[٦] وذلك عشر دية الأنثى ، ونصف عشر دية الذكر ، والقيمة فى الأمة كالدية فى الحرة ، فوجب عشر قيمتها[٧] إن كانت[٨] أنثى ، ونصف عشر قيمته إن كان ذكرا ، بناء على الحر[٩] ، إلا أن[١٠] ماوجب فى جنين الأمة ، فهو فى مال الضارب[١١] ، حالا[١٢] ، لأن مادون

---

(١) في ب : « احتمالا » .
(٢) فى ا و ﺣ : « على » .
(٣) في ا و ب و ﺟ : « ففيه » .
(٤) في ب : « قيمته » .
(٥) فى ب : « وهذا لما ذكرنا لن كان ذكرا » .
(٦) « درهم » من ا و ب .
(٧) فى ب : « قيمته » .
(٨) فى ا و ب و ﺣ : « كان »
(٩) فى ا و ﺣ : « الحرة » .
(١٠) « أن » ليست فى ا و ﺣ .
(١١) فى ب : « المضارب » .
(١٢) « حالا » ليست في ﺣ .

النفس من الرقيق ضمانه ضمان الأموال ، وذلك مما[١] لا تتحمله العاقلة، بخلاف جنين الحرة .

وأما بيان من تجب عليه الدية ـ فنقول :

كل دية وجبت بنفس القتل، فى خطأ ، أو شبه عمد ، أو فى عمد دخلته[٢] شبهة : تجب[٣] فى ثلاث سنين ، على من[٤] وجبت عليه : فى كل سنة الثلث .

فالخطأ وشبه العمد[٥] : على العاقلة .

و< أما > العمد الذى تدخله الشبهة ، فيتحول مالا : فهو فى مال الجانى ، فى ثلاث سنين ، وذلك مثل قتل الأب ابنه[٦] ، والمولى عبده[٧] .

وكذلك إذا صولح من الجناية على مال : لا يجب على العاقلة ، ويجب على القاتل ، فى ماله ، حالا ، لأنه ما وجب بنفس القتل ، وإنما وجب[٨]

---

(١) في حـ : « ما » . وفى ب : « وذلك لا بخلاف جنين الحرة » .

(٢) فى ا : « دخلت » .

(٣) « تجب » من ا و حـ . وفي الأصل : « وهى » . وفي ب : « فهو » بدلا من : « تجب » .

(٤) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « ما » .

(٥) فى حـ : « كالخطأ أو شبه العمد » .

(٦) في ب : « الأب الابن » . وفي ا و حـ هكذا : « الاجانية » . والظاهر أنه تحريف من الناسخ . راجع ص ١٤٢ وما بعدها .

(٧) « والمولى عبده » ليست فى ب . راجع ص ١٤٢ وما بعدها .

(٨) في ب : « يجب » .

بعقد الصلح ، فإن جعلاه مؤجلا ، يكون مؤجلا ، وإلا فيكون حالا ، كثمن المبيع .

وكذا من أقر على نفسه ، بالقتل ، خطأ : فالدية فى ماله ، فى ثلاث سنين[١] ، لا على العاقلة .

وكذلك ما وجب بجناية العبد : فإنه لا يكون على العاقلة .

وأصل ذلك حديث عمر ، رضى الله عنه ، موقوفا عليه[٢] ومرفوعا : « لا تعقل العاقلة عمدا ، ولا عبدا ، ولا صلحا ولا اعترافا ، ولا مادون أرش الموضحة » ـ إلا أن فى الصلح ، تجب حالا ، وفى الإقرار ، والعمد الذى فيه[٣] شبهة ، تجب عليه ، ولكن مؤجلا فى ثلاث سنين ، لإجماع[٤] الصحابة : أن الدية تجب[٥] مؤجلة فى ثلاث سنين : فى كل سنة[٦] الثلث ، عند انقضائها .

وكذلك الحكم فى الحر من بدل النفس : فهو فى ثلاث سنين ، كالعشرة إذا قتلوا واحدا ، خطأ : فعلى عاقلة كل واحد منهم عشر الدية ، فى ثلاث سنين[٧] .

---

(١) « سنين » ليست فى ا

(٢) « عليه » من ا و ب و ح . وفي ح : « موقفا عليه » .

(٣) في ا و ح : « دخلت فيه » .

(٤) فى ا و ح : « بإجماع » .

(٥) « تجب » ليست فى ب .

(٦) « في كل سنة » ليست فى ب .

(٧) « كالعشرة ... سنين » ليست فى ا و ح .

ولا يغرم كل رجل من العاقلة إلا ثلاثة[١] دراهم ، أو أربعة ، في ثلاث سنين ، فإن قلت[٢] العاقلة حتى صار[٣] نصيب كل واحد منهم أكثر من ذلك ، يضم إليهم أقرب القبائل منهم ، في النسب ، من أهل الديوان كانوا أو من غيرهم ، حتى لا يلزم الرجل منهم أكثر من ذلك ، لأنه يجب عليهم ، بطريق الإعانة ، تخفيفا على قريبهم ، فلا يجوز أن يجب عليهم[٤] على وجه فيه تعسير عليهم .

. . .

وأما أرش ما دون النفس ، خطأ ، إذا بلغ نصف عشر الدية ، فهو على العاقلة ، في سنة . وكذا في المرأة إذا[٥] بلغ نصف عشر ديتها : يكون على العاقلة ، في سنة ، لأن ما دون النفس[٦] معتبر بالدية .

ثم ما زاد[٧] على نصف العشر إلى أن يبلغ ثلث الدية ، ففي سنة ، قياسا على ما يجب على العاقلة ، في السنة الأولى .

فإن زاد على الثلث[٨] : فالزيادة تجب[٩] في سنة أخرى إلى الثلثين[١٠] .

---

(١) في ا و ح : « ولا يلزم كل واحد من العاقلة إلا بثلاثة دراهم » .
(٢) في ا و ح : « قبلت » .
(٣) « صار » من ا و ح .
(٤) في ا و ح : « قرابتهم فلا يجب عليهم » .
(٥) في ا و ح : « وكذا في جنين المرأة إلا أنه إذا ... الخ » . راجع الكاساني ، ٧ : ٣٢٣ : ٢ .
(٦) « خطأ إذا بلغ ... لأن ما دون النفس » ليست في ب .
(٧) في ا و ح : « ثم إذا زاد » .
(٨) « ففي سنة قياسا ... على الثلث » ليست في ا و ح .
(٩) « تجب » من ا و ح .
(١٠) في ا و ح : « في السنة الأخرى أي الثلثان » .

فإن زاد على الثلثين : فهى[١] فى السنة الثالثة .

. . .

ثم العاقلة من هم[٢] ؟

فعندنا - العاقلة هم أهل الديوان ، فى حق من له الديوان ، وهم المقاتلة . ومن لا ديوان له ، فعاقلته من كان من عصبته[٣] فى النسب[٤] .

وعند الشافعى : لا يلزم أهل[٥] الديوان إلا أن يكونوا من النسب .

والصحيح قولنا ، لما روى عن ابراهيم[٦] النخعى[٧] أنه قال : كانت الدية على القبائل ، فلما وضع عمر رضى الله عنه الدواوين[٨] جعلها على أهل الديوان ، وذلك بحضرة الصحابة ، رضى الله عنهم ، من غير خلاف .

وتبين أنه إنما كان على أهل[٩] القبائل للتناصر ، فلما صار التناصر بالديوان اعتبر[١٠] الديوان ، لوجود المعنى . ولهذا لا تكون المرأة ، والصبي ، والعبد ، والمدبر ، والمكاتب من جملة العاقلة ، لأنهم ليسوا من أهل التناصر ، ولا من أهل الإعانة بالشرع[١١] - والله أعلم .

---

(١) فى ب : « فهو » - راجع الكاسانى ٧ : ٣٢٣ .

(٢) « من هم » ليست فى ا .

(٣) فى ا و ح : « عشيرته » .

(٤) فى ا و ب و ح : « من النسب » .

(٥) في ح : « من أهل » .

(٦) و (٧) « ابراهيم » من ا و ح - فقيه أهل الكوفة . وهو تابعى جليل . دخل على عائشة رضى الله عنها ولم يثبت له منها سماع . وسمع جماعات من كبار التابعين . وروى عنه جماعات من التابعين منهم حماد بن أبى سليمان شيخ أبى حنيفة . وأجمعوا على توثيقه وجلالته وبراعته فى الفقه . وقد توفى سنة ٩٦ هـ . وهو ابن تسع وأربعين سنة وقيل ابن ثمان وخمسين سنة (النووى ، التهذيب) .

(٨) فى ا و ح : « الديوان » .

(٩) « أهل » من ب .

(١٠) في ب : « اعتبروا » .

(١١) كذا فى ا و ب و ح . وفي الأصل : « بالتبرع » .

باب

ضمان الراكب، ومن كان فى معناه

أصل الباب[١]: أن السير فى ملك نفسه[٢] مباح مطلق، والسير فى طريق المسلمين مأذون، بشرط السلامة: فما[٣] تولد من سيره من تلف[٤]، مما يمكن الاحتراز عنه، فهو مضمون؛ وما لا يمكن الاحتراز عنه، فليس بمضمون، إذ لو جعلناه مضمونا، لصار ممنوعا عن السير، وهو مأذون.

ولهذا قال أصحابنا رضوان الله عليهم إن ما[٥] أثار[٦] من الغبار، بالمشى أو بسير الدابة، لا يضمن ما تولد منه، لأنه لا يمكن الاحتراز عنه[٧].

وكذا ما أثارت الدابة[٨]، بسنابكها، من الحصى الصغار. وأما الحصى

---

(١) فى حـ: «قال رحمه الله: أصل الباب».

(٢) فى ب: «فى ملكه».

(٣) كذا فى ا و ب. وفى الأصل: «وما». وفى حـ: «فيما».

(٤) «من تلف» من ا و حـ.

(٥) «ما» من ا و ب و حـ.

(٦) فى ا و حـ: «ما كان».

(٧) فى ب: «لا يمكن التحرز» اهـ.

(٨) «الدابة» ليست فى ا و حـ.

الكبار : فإن الراكب يضمن ما تولد منه ، لأنه لا يكون سببا إلا[١] بالعنف في السير[٢] ، فيمكن الاحتراز عنه .

وإذا ثبت هذا — فنقول[٣] :

— من سارت دابته في طريق المسلمين، وهو راكب عليها، أو قائد ، أو سائق — فوطأت[٤] دابته رجلا ، بيدها أو برجلها ، أو كدمت ، أو صدمت بصدرها ، أو[٥] خبطت بيدها : فهو ضامن ، لأنه يمكن[٦] الاحتراز عنه[٧] .

— وكذلك السائق[٨] والقائد[٩] ، لأنه مقرب للدابة[١٠] إلى الجناية .

— والرديف كالراكب ؛ إلا أن الفرق أن الراكب قاتل[١١] بوطء

---

(١) في ا و ب و حـ : « لأن ذلك لا يكون إلا » .

(٢) في حـ و ا : « بالسير » .

(٣) « فنقول » من ا و ب . وفي حـ : « نقول » .

(٤) كذا في ب . وفي ا و حـ والأصل : « فأوطأت » . وفي المصباح : إنه يتعدى إلى ثان بالهمزة فيقال : أوطأت زيدا الأرض — قال البابرتي في العناية (الميمنية ، ٩ : ٢٥٧) : « الصحيح : لما وطئت الدابة — وقيل : يجوز أن يكون مفعولا الإيطاء محذوفين وتقديره : أوطأت الدابة يدها أو رجلها إنسانا » .

(٥) الواو ساقطة من الأصل .

(٦) في ا و حـ : « يمكنه » .

(٧) « عنه » ليست في ا .

(٨) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل كذا : « وكذلك عضت السائق » .

(٩) « والقائد » من ا . وفي حـ : « وكذلك القائد » . وفي ب : « وكذا القائد » .

(١٠) في ا و حـ : « الدابة » .

(١١) في ب : « قابل » .

الدابة بثقله وفعله وليس بمسبب ، والسائق مسبب ، حتى تجب[١] الكفارة على الراكب دون السائق والقائد .

ــ ولو نفحت[٢] الدابة برجلها[٣] ، وهى تسير ، أو بذنبها ، فلا ضمان فى ذلك على راكب ، ولا رديف ، ولا سائق ، ولا قائد[٤] ـ لأن الاحتراز عنه غير ممكن .

ــ ولو أوقف[٥] الدابة فى الطريق ، فهو ضامن لما تولد من وقوف الدابة : من الوطء ، والنفحة بالرجل ، والذنب ، وما عطب[٦] بروثها ، وبولها ، ولعابها .

ــ وكذا إذا أوقفها[٧] على باب مسجد من مساجد المسلمين ، فهو بمنزلة الطريق ، لأنه من جملته[٨] ، والسير مأذون فى الطريق ، دون الوقوف والإيقاف[٩] .

ــ فإن جعل الإمام ، المسلمين ، عند باب المسجد ، موقفا اوقوف

---

(١) فى حـ : « يوجب » .

(٢) نفحت الدابة نفحا ضربت بحافرها (المصباح). وراجع ابن الهمام ، الفتح ، ٨ : ٣٤٥ - ٣٤٦ . وفى ب : « نفخت » .

(٣) « برجلها » ليست في ا و حـ .

(٤) كذا فى ب و ا و حـ . و « قا » ساقطة فى الأصل .

(٥) فى ب : « وقف » .

(٦) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « عطبت » .

(٧) كذا في ا . وفي الأصل : « أوقف » . وفي حـ : « أوقفت » . وفي ب : « وقف » .

(٨) فى ا و حـ : « لأنه من جملة الطريق » .

(٩) في ا و ب و حـ : « دون الوقوف بالاتفاق » .

الدواب [١] : فما حدث ، من الوقوف [٢] ، غير مضمون ، لأنه مأذون فيه . ولكن لو ساق الدابة فيه [٣] ، أو قاد ، أو سار فيه ، على الدابة : يضمن ، لأن الإذن في حق الوقوف ، لا غير ، فبقى [٤] السير على ما كان : بشرط السلامة .

— وعلى هذا : وقوف الدواب ، فى سوق الخيل والدواب ، لأن ذلك مأذون من جهة السلطان .

— وعلى هذا : الفلاة ، وطريق مكة ، إذا كان وقوف الدابة فى غير المحجة [٥] ، فى ناحية منه [٦] ، لأن هذا مما لا [٧] يضر بالناس ، فلا يحتاج فيه إلى الإذن . وأما الوقوف فى المحجة فهو [٨] كالوقوف فى طريق المسلمين .

— فأما إذا كان الطريق ملكا خاصا ، له [٩] ، فساق [١٠] فيه [١١] دابته ،

---

(١) في حـ هكذا : « موقوفا لو وقف الدابة » . وفي ا : « المسلمين موقفا عند باب المسجد أو موقف الدابة فما حدث فى ذلك غير مضمون » .

(٢) في حـ : « في الوقوف » . وفي ا : « فما حدث في ذلك غير مضمون » - راجع الهامش السابق .

(٣) « فيه » ليست فى ب .

(٤) فى ب : « فيبقى » .

(٥) المحجة جادة الطريق (المصباح) .

(٦) فى ا و حـ : « وناحية منها » .

(٧) « لا » ليست فى ب .

(٨) « فهو » من ا و حـ .

(٩) « له » ليست فى ا و حـ .

(١٠) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « فساب » . وفى المصباح ما مفاده : ساب الفرس تسيب أى ذهب على وجهه ، وسيّبه صاحبه . فلعل الصحيح إذن أن يقال : « فسيب فيه دابته » .

(١١) « فيه » ليست فى ا و حـ .

أو سار بها وهو راكب ، أو في ملكه في الجملة[١] : فما تولد من سيره فهو غير مضمون عليه ، إلا وطء الدابة ، لأنه تصرف في ملكه[٢] ، فلا يتقيد بشرط السلامة ، لكن الوطء بمنزلة فعله ، لحصول الهلاك بثقله.

ومن تعدى على الغير[٣] في دار نفسه يضمن .

- ولو نفرت الدابة أو انفلتت[٤] منه : فما أصابت في فورها ذلك ، لا ضمان عليه[٥] ، سواء كان الانفلات[٦] في ملك صاحبها ، أو في الطريق ، أو في ملك الغير ، لأنه لا صنع له فيه ، ولا يمكن الاحتراز عنه .

- وقد قالوا فيمن أرسل دابته : فما أصابت في فورها ضمن ، وإن مالت يمينا[٧] أو[٨] شمالا ، ثم أصابت ، فهو على وجهين : إن لم يكن لها طريق آخر : يجب الضمان على المرسل ، لأنها باقية على الإرسال ، وإن كان لها طريق آخر[٩] ، فانعراجها[١٠] باختيارها يقطع حكم الإرسال ، فتصير كالمنفلتة.

- ولو حفر بئرا[١١] في طريق المسلمين ، أو أخرج جناحا ، أو نصب

---

(١) في ب : « وهو راكب في ملكه في المحلة فما ... الخ » .
(٢) « لأنه تصرف في ملكه » ليست في ا و حـ .
(٣) في ب تشبه : « العين » .
(٤) في ا و حـ : « انقلبت » .
(٥) « عليه » ليست في ا و حـ .
(٦) كذا في ا و حـ و ب . وفي الأصل : « الاملات » .
(٧) في ا و حـ : « يمنة » .
(٨) في ب : « و » .
(٩) « يجب الضمان ... طريق آخر » ليست في ا و حـ .
(١٠) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « فانفراجها » . وفي القاموس : انعرجت عنه عدلت عنه وتركته.
(١١) في حـ : « بئر » .

فيه ميزابا ، أو بنى دكانا ، أو وضع حجرا ، أو خشبة ، أو متاعا[١] ، أو صب ماء فى الطريق[٢] ، أو قعد ليستريح ، أو[٣] لمرض[٤] أصابه ، فعثر بشيء من ذلك عابر[٥] ، فوقع ، فمات ، أو وقع على غيره ، فقتله ، أو على مال إنسان ، فهلك : فهو ضامن ، لأنه متعمد[٦] ، لأن الطريق مأذون فيه للسير لا غير ، فما[٧] تولد منه ، يكون مضمونا .

• • •

ثم ما كان من الجناية ، على بنى آدم ، فهو على العاقلة[٨] ، على ما ذكرنا[٩] . وما كان على[١٠] المال ، فهو عليه ، فى ماله ، حالا .

• • •

— ولو كان الرجل سائرا على دابته[١١] ، أو واقفا عليها ، فى ملكه أو فى طريق العامة — فنخس دابته رجل ، فضربت بذنبها[١٢] أو برجلها[١٣] ، أو نفرت فصدمت[١٤] إنسانا ، فى فور النخسة : فالناخس ضامن ، دون

---

(١) فى حـ : « أو مناخا » . و« أو خشبة أو متاعا » ليست فى ا .

(٢) في حـ : « فى الطريق للسير » .

(٣) « أو » ليست ب .

(٤) في حـ : « مرض » .

(٥) فى ا و ب : « عاثر » . وفي حـ : « عاثرة » .

(٦) « لأنه متعمد » ليست فى حـ و ا . وهى في الأصل و ت : « لأنه متعمدى » .

(٧) فى حـ : « فيما » .

(٨) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « المعاقلة » .

(٩) راجع فيما تقدم ص ١٨٣ وما بعدها .

(١٠) فى ا و حـ : « من » .

(١١) فى ب : « دابة » .

(١٢) فى ب : « بيدها » .

(١٣) كذا في ا و حـ . وفى الأصل و ب : « رجلها » .

(١٤) فى ا و حـ : « وصدمت » .

الراكب ، إذا فعل ذلك بغير أمره ، لأنه متعمد فى النخس[١] ، فما[٢] تولد منه مضمون عليه[٣] ، والراكب ليس بمتعمد .

فأما إذا انقطع الفور[٤]، فذاك مضاف إلى اختيار الدابة ، لا إلى الناخس.

وكذلك[٥] لو ضربها[٦] رجل ، بغير أمره .

— فأما إذا نخس بأمر الراكب ، أو ضرب ـ فنفحت برجلها إنسانا ، فقتلته[٧] : فإن كان[٨] الراكب يسير فى الطريق أو كان[٩] واقفا فى ملكه ، أو فى موضع قد أذن فيه بالوقوف ، من هذه الأسواق ، ونحوها ، فلا ضمان فى هذا : على راكب ، ولا سائق ، ولا ضارب ، ولا[١٠] ناخس ، لأنه فعل ، بأمر الراكب ، فعلا يملكه الراكب ، فصار فعله كفعله ، ولو فعل الراكب لا يضمن ما أصابت الدابة[١١] بالرجل[١٢] ـ فكذا هذا.

---

(١) « دون الراكب ... في النخس » ليست فى ا و حـ .

(٢) فى حـ و ا : « لما » . انظر الهامش التالى.

(٣) « مضمون عليه » ليست فى ا و حـ . راجع الهامش السابق .

(٤) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « العقد » .

(٥) كذا فى ا و ب و حـ . وفي الأصل : « فكذلك » .

(٦) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « ضرب بها »

(٧) فى حـ : « فقتله » .

(٨) « كان » من ا و ب و حـ .

(٩) « كان » من ا و حـ .

(١٠) « لا » من ا و ب .

(١١) « الدابة » من ا و حـ .

(١٢) في ا و حـ : « الرجل » .

— ولو كان الراكب واقفا فى بعض طرق[١] المسلمين ، التى لم يؤذن بالوقوف فيها ، فأمر رجلا أن يضرب دابته ، فضربها ، فنفحت رجلا[٢] ، فقتلته[٣] ، فالدية عليهما نصفان — هكذا ذكر[٤] الكرخى .

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف ، فى هذا ، أن الضمان على الراكب لا غير ، لأن ضربه لها ، بأمر الراكب[٥] ، كضرب الراكب ، ولو فعل الراكب ، فتولد منه شيء ، برجلها ، يضمن — فكذا هذا[٦] .

ووجه ما ذكر الكرخى أن كل واحد منهما متعمد ، بطريق التسبيب ، فصارا[٧] شريكين .

— ولو كان الرجل يسير على دابته ، فأمر رجلا حتى ينخسها ، أو يضربها[٨] ، فوطئت إنسانا ، فمات : فالضمان عليهما .

— وكذلك لو فعل ، بغير أمر الراكب ، فوطئت إنسانا[٩] ، فمات : فالضمان عليهما ، لأن الموت حصل بسبب فعل الناخس ، وثقل[١٠]

---

(١) فى ا و ب و حـ : « طريق » .

(٢) « رجلا » ليست فى ب .

(٣) كذا فى ب و ا . وفى الأصل و حـ : « فقتله » .

(٤) كذا في ا و ب و حـ . وفى الأصل : « ذكره » .

(٥) فى حـ كذا : « لأن ضربه أصاب من الراكب .. » .

(٦) « هذا » ساقطة من حـ . وفى ا : « ههنا » .

(٧) كذا في ا و ب . وفى الأصل و حـ : « فصار » .

(٨) فى ا و ب و حـ : « بنخسها أو بضربها » .

(٩) « فوطئت إنسانا » ليست فى ا و حـ . وفى الأصل بين السطور فى هذا الموضع : « أى بدفعها — صحح » . فتكون العبارة مع هذه الزيادة : « فوطئت إنسانا أى بدفعها » .

(١٠) فى ا : « وفعل » . انظر الهامش التالي .

الراكب ، فيكون الضمان عليهما[١] .

ـــ ولو قاد الرجل قطارا[٢]، فما أوطأه[٣] أوله، أو[٤] أوسطه، أو[٥] آخره : فهو ضامن له .

ـــ وكذلك إن صدم إنسانا ، فقتله، لأن القائد مقرِّب للبهيمة إلى الجناية ، وهذا مما يمكن الاحتراز عنه، في الجملة ، بأن يذود[٦] الناس عن الطريق.

فإن كان معه سائق : فالضمان عليهما كيفما كان السائق[٧]: في وسط القطار ، أو في آخره ـ لأنه قد يكون سائقا وقائدا[٨] ، وقد يكون سائقا لا غير والأول قائد ، فهما مسببان في[٩] هذه الجناية .

ـــ ولو كان على القطار محامل[١٠] فيها أناس ، نيام أو غير نيام[١١] :

---

(١) « لأن الموت ... الضمان عليهما » ليست في حـ .

(٢) القطار من الإبل قطعة منها يلي بعضها بعضا على نسق واحد واستعمل اليوم لعجلات السكة الحديدية لتقاطرها أي تتابعها (المنجد)ـ ولعل الصحيح أن يقول : « لمركبات » بدلا من « لعجلات » .

(٣) أوطأ أصله وطيء أي علا ـ تعدى إلى ثان بالهمزة : يقال أوطأت زيدا الأرض (المصباح) . راجع فيما تقدم الهامش ؛ ص ١٨٨ .

(٤) و (٥) في ب : « و » .

(٦) في حـ : « يدون » . وفي ب : « يزود » .

(٧) « السائق » ليست في ب .

(٨) القائد من يكون أمام الدابة آخذا بقيادها ، والسائق أن يكون خلفها ـ كذا قال الخليل (المصباح) .

(٩) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « من » .

(١٠) جمع مَحْمِل وهو الهودج (المنجد والمصباح) .

(١١) « أو غير نيام » ليست في ب .

فإن كان منهم القَوْد[١] والسوق: فهم شركاء السائق والقائد[٢]، وعلى الركبان الكفارة لا غير.

فأما إذا لم يكن منهم فعل[٣] فى القوْد: فهم كالمتاع، فلا شىء عليهم.

— ولو أن[٤] حائطا من دار إنسان مال إلى طريق نافذ أو إلى[٥] دار رجل، فهذا على وجهين:

إن بنى[٦] الحائط مائلا إلى ملك غيره[٧]، أو إلى الطريق - فهو ضامن لما عطب، بسقوطه، وإن لم[٨] يطالب < بنقضه >[٩]، لأنه متعد بالبناء فى هواء غيره، وهواء طريق المسلمين حقهم أيضا[١٠]، فما[١١] تولد منه، وهو[١٢] ممكن الاحتراز عنه[١٣]، يؤاخذ[١٤] به.

---

(١) قاد الرجل الفرس قوْدا وقيادا وقيادة - قال الخليل: القَوْد أن يكون الرجل أمام الدابة آخذا بقيادها. والسوْق أن يكون خلفها - فإن قادها لنفسه قيل: اقتادها (المصباح). (راجع الهامش ٨ ص ١٩٥).

(٢) في ح و ا: « فهم كالقائد والسائق ».

(٣) « فعل » ليست فى ا.

(٤) كذا في ا و ب و ح. وفى الأصل: « كان ».

(٥) « إلى » من ب.

(٦) فى ب: « إن كان بنا ». وفى ا و ح: « لان تبين الحائط ».

(٧) كذا في ا و ب و ح. وفي الأصل: « غير ».

(٨) « لم » من ب.

(٩) أخذناها مما سيأتي.

(١٠) « وإن لم يطالب ... حقهم أيضا » ليست في ا و ح.

(١١) في ا: « فيما ».

(١٢) في ا و ح: « لأنه ».

(١٣) « عنه » من ا و ب و ح.

(١٤) في ا و ح: « فيؤاخذ ».

فأما إذا بنى فى ملكه ، وحقه ، ثم مال البناء[١] إلى الطريق ، أو إلى دار إنسان ، فلم يطالب بنقضه ، ولم يشهد عليه فيه ، حتى سقط على رجل فقتله ، أو على مال إنسان فأتلفه ـ فلا يضمن ، لأنه شغل هواء غيره ، ووقع[٢] فى يده بغير صنعه ، وهو ميلان الجدار ، فيكون فى يده أمانة ، كثوب ألقته الريح فى يده ، فما تولد منه لا يؤاخذ به . وإن[٣] طولب بنقضه ، وأشهد عليه ، ثم سقط بعد ذلك فى مدة أمكنه[٤] نقضه فيها ، فهو ضامن ، لأن ، بعد المطالبة ، يجب عليه التفريغ[٥] ، فإذا لم يفعل ، مع الإمكان ، صار متعديا ـ كما فى الثوب الذى هبت به الريح : إذا طلبه[٦] صاحبه ، فامتنع عن الرد ، يجب الضمان عليه ، إذا هلك . أما إذا لم يفرط فى نقضه[٧] ، وذهب حتى يستأجر من يهدمه ، فسقط فأفسد شيئا ، فلا شيء[٨] عليه ، لأنه يجب عليه إزالة يده[٩] ، بقدر[١٠] الممكن.

والإشهاد أن يقول الرجل : «اشهدوا أنى قد تقدمت إلى هذا الرجل فى هدم حائطه هذا» . والمعتبر عندنا المطالبة بالهدم ، وإنما يحتاج إلى الإشهاد

---

(١) « البناء » من ب .
(٢) في ا و حـ : « فوقع » .
(٣) فى ا و ب و حـ : « فإن » .
(٤) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « في هذه الأمكنة » .
(٥) « التفريغ » ليست في ا و حـ . وفي ب هكذا : « التوريم » .
(٦) فى ا و حـ : « طالبه » .
(٧) فى ب هكذا : « فى نقضه شى » .
(٨) في ب : « فلا ضمان » .
(٩) في ا و حـ : « أذاه » .
(١٠) في ا : « بالقدر » .

ليثبت[١] به المطالبة، عند الإنكار، كما قلنا في الشفعة: إن المعتبر هو الطلب، وإنما الإشهاد ليثبت[٢] الطلب بالشهادة، عند الإنكار[٣] - حتى او اعترف صاحب الدار[٤] أنه طولب بنقضه، وجب عليه الضمان، وإن لم يشهد عليه.

ثم إن كان الميلان إلى دار إنسان، فالإشهاد[٥] إلى صاحب الدار إن كان فيها، أو لم يكن فيها ساكن[٦]، وإن كان فيها سكان[٧]، فالإشهاد إلى السكان. وإن كان المَيَلان إلى طريق العامة، فالإشهاد إلى[٨] كل من له حق المرور فيه: المسلم[٩] والذمى فيه سواء.

ولكن إنما يصح[١٠] الإشهاد على مالك الحائط أو[١١] الذى له ولاية النقض: مثل الأب والوصى. < و > لا يصح[١٢] الإشهاد على المرتهن، والمستأجر، والمستعير، والمودع - لأنه ليس لهم ولاية النقض، فكان الإشهاد عليهم وعدمه: سواء.

---

(١) في ب: « وإنما يحتاج الإشهاد لتثبت ». وفي حـ: « تثبت ».
(٢) في ا و حـ: « ليثبت به ».
(٣) راجع فيما تقدم ص ٧١ وما بعدها.
(٤) في ب: « صاحبه ».
(٥) في ا و حـ: « فالمطالبة والإشهاد ».
(٦) في حـ: « إن كان فيها ساكنا أو لم يكن فيها ساكنا ». وفي ب: « كان فيها ساكن أو لم يكن فيها ساكن ». وفي ا: « كان فيها ساكنا أو لم يكن وإن كان ... الخ ». والصحيح كما يبدو في نظرنا: « إن كان فيها ساكنا، أو لم يكن فيها ساكن ».
(٧) في ا و ب و حـ: « ساكن ». وذلك كالمستأجر والمستعير (راجع الكاسانى، ٧: ٢٨٤: ١٩).
(٨) « إلى » من ا و ب و حـ وفي الأصل: « على ». والصحيح ما في المتن كما سيتبين فيما يلي. وانظر الكاسانى، ٧: ٢٨٤
(٩) في ا و ب: « والمسلم ».
(١٠) في ا و حـ: « كان ».
(١١) في ب: « و ».
(١٢) في ا و ب و حـ والأصل: « فأما لا يصح ». و « الإشهاد » من ا و حـ.

ولو أشهد من له حق الإشهاد ، على صاحب الحائط المائل ، أو على من يصح عليه الإشهاد ، فطلب منه التأجيل أو[١] الإبراء ، فأجل وأبرأ[٢] : < ف > إن كان الميل إلى الدار[٣] صح ، لأنه أبطل حقه . فأما إذا كان الميل[٤] إلى الطريق ، فأبرأ أو أجل الذى أشهد عليه ، ممن له حق المرور أو القاضى[٥] ، فإنه لا يصح ، لأن هذا[٦] حق العامة : فإبراء الواحد وتأجيله يصح فى حقه[٧] لا فى حق الناس[٨] .

ـــ ولو باع صاحب الدار ، بعد الإشهاد ، فسقط الحائط بعد ما قبضه[٩] المشترى أو بعد ما ملكه ، فى زمان لا يتمكن من نقضه[١٠] ، فلا ضمان على البائع ، فيما هلك بسقوطه ، لأنه لا يملك[١١] النقض[١٢] ، فسقط حكم الإشهاد . وإن كان بعد التفريط[١٣] : لا يسقط الضمان[١٤] .

---

(١) فى ا و حـ : « و » . انظر ماسبلى فى المتن .

(٢) كذا واضحة فى ب وغير واضحة تماما في الأصل . و « فأجل وأبرأ » ليست في ا وحـ .

(٣) « الدار » ليست فى ا و حـ . وفي ا : « إليه » .

(٤) « الميل » ليست فى ب .

(٥) « أو القاضى » ليست فى ا . وفي حـ : « والقاضى » .

(٦) في ب : « وهذا » .

(٧) في ب : « في حق نفسه » .

(٨) فى ا و ب و حـ : « لا فى حق الباقين » .

(٩) فى ا و حـ : « قبضها » .

(١٠) « فى زمان ... نقضه » ليست فى ب .

(١١) فى ا : « ما تمكن من » . وفى حـ : « ما يمكن » .

(١٢) كذا فى ب و ا و حـ . وفى الأصل : « البعض » .

(١٣) فى حـ : « ولئن كان بعد النقض التفريط » .

(١٤) « وإن كان بعد التفريط لا يسقط الضمان » ليست فى ب . وزاد فى ب : « والله تعالى أعلم » .

باب[1]

القسامة

يحتاج[2] فى هذا[3] الباب إلى :

بيان[4] مشروعية القسامة ،

وإلى تفسيرها ،

وإلى بيان[5] من تجب عليه .

أما الأول :

فالقسامة مشروعة فى القتيل الذى يوجد وبه[6] علامة القتل ، من الجراح[7] وغيرها ، ولم يعرف له قاتل - بالأحاديث، وقضاء عمر رضى الله عنه ، وإجماع الصحابة فى خلافة عمر بن عبد العزيز رحمة الله عليه[8] .

وأما تفسير القسامة ، < وبيان من تجب عليه >:

<فهو > ماروى أبو يوسف عن أبى حنيفة رحمة الله عليهما أنه قال

(١) فى ب : « كتاب » .

(٢) فى حـ : « قال رحمه الله : يحتاج » .

(٣) « هذا » من ا و حـ .

(٤) « بيان » من ا و حـ .

(٥) « بيان » ليست فى ب .

(٦) فى ا و ب و حـ : « يوجد به » .

(٧) فى ب : « الجراحة » .

(٨) هو الخليفة الراشد . وأمه أم عاصم حفصة بنت عاصم بن عمر بن الخطاب . ولد بمصر سنة ٦١ هـ . (أو ٦٣) . وبويع بالخلافة حين مات ابن عمه سليمان بن عبد الملك سنة ٩٩ هـ . وتوفى سنة ١٠١ هـ . وعمره ٣٩ سنة ونصف سنة . وقد أجمعوا على جلالته وفضله ووفور علمه وصلاحه وزهده وورعه وعدله (النووى ، التهذيب) .

فى القتيل يوجد فى[1] المحلة أو فى دار رجل فى المصر : إن كانت به جراحة، أو[2] أثر ضرب ، أو أثر خنق ــ فإن هذا قتيل ، وفيه القسامة على عاقلة رب الدار إذا وجد فى الدار، و[3] على عاقلة أهل[4] المحلة إذا وجد فى المحلة: يقسم[5] خمسون[6] رجلا : كل رجل منهم بالله : « ماقتلته ، ولا علمت له قاتلا » ــ ثم يغرمون الدية ، فى ثلاث سنين ، على أهل الديوان : فى كل سنة الثلث ، مقدار مايصيب كل واحد منهم ثلاثة دراهم أو أربعة فى ثلاث سنين ، فإن زاد ضموا إليهم أقربهم منهم من القبائل نسبا ، لاجوارا[7] ، فإن نقصوا عن[8] خمسين كررت عليهم الأيمان[9].

. . .

ثم لايدخل فى القسامة إلا العاقل البالغ الحر[10] . فأما المرأة : <ف> هل تدخل ؟ ذكر الطحاوى أنه لايدخل فى القسامة إلا رجل عاقل بالغ حر[11] .

---

(١) « القسامة ماروى ... يوجد فى » ليست فى ا و حـ .

(٢) فى حـ : « و » .

(٣) فى حـ و ا : « أو » .

(٤) « أهل » ليست فى ا و حـ .

(٥) فى ا : « يحلف » .

(٦) فى الأصل : « خمسين » .

(٧) راجع فيما تقدم ص ١٨٣ ــ ١٨٦ وخصوصا ص ١٨٥ .

(٨) كذا فى ا و حـ . وفى الأصل و ب : « من » .

(٩) « الأيمان » ليست فى ا .

(١٠) « الحر » ليست فى ب .

(١١) كذا في ا و حـ . وفى ب : « ذكر الطحاوى أنها لاتدخل ولا يدخل فى القسامة إلا عاقلا بالغا » . وفى الأصل : « ذكر الطحاوى أنه لايدخل فى القسامة إلا رجلا عاقلا بالغا » . وفى مختصر الطحاوى (ص ٢٤٨) : « ولا يدخل فيمن يقسم امرأة ، ولا صبى ، ولا عبد ... الخ » .

وذكر محمد عن أبي حنيفة في القتيل يوجد في قرية[١] امرأة ، لايكون بها غيرها ، وليس لها عاقلة قريبة ـ قال : تستحلف[٢]، ويكرر عليها الأيمان ، وعلى عاقلتها التي هي أقرب القبائل إليها في النسب[٣] .

وقال أبو يوسف: ينظر إلى أقرب القبائل إليها ،وتكون[٤] القسامة عليهم ، ولا قسامة على المرأة ، لأنها ليست من أهل النصرة ، كالصبي والمجنون والعبد .

وهما يقولان : إن المرأة من أهل الاستحلاف[٥] في الحقوق ، ومن أهل المشاركة في الدية : فإنها إذا[٦] قتلت رجلا ، خطأ ، تشارك العاقلة في الدية .

ويدخل في القسامة : الأعمى ، والمحدود في القذف ، والذمي ـ لأنهم من أهل الاستحلاف[٧] والنصرة .

ويكون الاختيار في رجال القسامة إلى أولياء القتيل ، لأن ذلك حقهم ، ولهم في الاختيار فائدة .

هذا الذي ذكرنا مذهب علمائنا رحمهم الله .

---

(١) في ب : « في قربه » ـ والظاهر أن الصحيح مافي المتن .

(٢) كذا في ب . وفي الأصل و ا و حـ : « يستحلف » .

(٣) في ا و حـ : « التي هي أقرب إليها من النسب » .

(٤) كذا في ب . وفي الأصل : « ويكون » . وفي ا و حـ : « يكون » .

(٥) كذا في ب . وفي الأصل : « الاستخلاف » . وفي ا و حـ : « الاستحقاق » .

(٦) « إذا » ساقطة من حـ .

(٧) في الأصل و ب : « الاستخلاف » . وفي ا و حـ : « الاستحقاق » . وما أثبتناه في المتن مثل مافي الكاساني ، ٧ : ٢٩٥ : ٨ وراجع فيما تقدم الهامش ٥ .

وقال مالك والشافعى رحمهما الله : إذا كان هناك لَوْث[١] ، أى علامة القتل من[٢] واحد بعينه ، أو بينهما عداوة ظاهرة : فإنه يستحلف[٣] الأولياء خمسين يمينا .

ثم يقتص من[٤] المدعى عليه عند مالك[٥] .

وعند الشافعى : يقضى لهم على المدعى عليه بالدية[٦] .

ولكن هذا خلاف الأحاديث المشهورة ، وإجماع الصحابة .

• • •

ثم إذا وجد القتيل فى دار رجل ، فالقسامة على رب الدار ، وعلى جيرانه إن كانوا عاقلته ، وإن لم يكونوا : فعلى عاقلته من أهل المصر ، وعليهم الدية[٧] ــ كذا ذكر محمد فى «الأصل» ، ولم يذكر إذا كانت العاقلة غُيَّباً[٨] .

وذكر في اختلاف زفر ويعقوب أن القسامة عليه وعلى عاقلته ، غيبا كانوا أو حضورا[٩] .

---

(١) فى حـ : « ارث » . وسيأتى معنى اللوث فيما يلى من المتن .

(٢) فى ا و ب و حـ : « فى » .

(٣) فى ا و حـ : « يستخلفه » .

(٤) كذا فى ب . و « من » ليست فى حـ و ا . وفى الأصل : « ثم يقضى المدعى عليه » .

(٥) فى القوانين الفقهية لابن جزى . (ص ٣٤٨) : « ... فيجب بها (أى بالقسامة) القصاص فى العمد والدية فى الخطأ ، ووفاقا لابن حنبل . وقال الشافعى وأبو حنيفة : إنما تجب بها الدية ولا يراق بها دم . وقال عمر بن عبد العزيز : لا يجب بها شىء » .

(٦) « الباء » من ا و ب و حـ . راجع الهامش السابق .

(٧) « الدية » من ا و ب و حـ . راجع فيما تقدم الهامش ٥

(٨) في ا : « غُيَّاباً » . وكلاهما صحيح لغة فغائب تجمع على « غُيَّب » و « غُيَّاب » و « غَيَب » (المصباح) .

(٩) في حـ : « حضرا » .

وعلى قول أبي يوسف : لاقسامة على العاقلة[١] .

وذكر الكرخى : إن كانت العاقلة حاضرة[٢] فى المصر ، دخلوا فى القسامة . وإن كانت غائبة ، فالقسامة على صاحب الدار : يكرر عليه الأيمان ، والدية عليه وعلى العاقلة[٣] .

. . .

ثم القسامة والدية على الأقرب فالأقرب من عاقلة[٤] من وجد فيهم القتيل : فرب الدار وقومه أخص ، ثم أهل المحلة ، ثم أهل المصر . وكذلك القبائل: الأقرب فالأقرب[٥] . وإن كانت المحلة فيها من قبائل شتى ، فإن الدية والقسامة على أهل الخطة . وليس على المشترى شئ عند أبي حنيفة[٦] ومحمد : لاقسامة ولا دية، مابقى واحد من أهل الخطة[٧] . وعلى قول أبي يوسف : على أهل[٨] الخطة والمشترين جميعا . وقيل : إنما أجاب أبو حنيفة على عادة أهل الكوفة: فإن أهل الخطة هم الذين يدبرون أمر المحلة . وأبو يوسف بنى على عادة أهل[٩] زمانه : أن[١٠] التدبير إلى

---

(١) فى ا : « عاقلته » . وفى حـ : « عاقلة » .

(٢) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « حاضرا » .

(٣) فى ا و حـ : « عاقلته » .

(٤) فى ب : « عاقلته » .

(٥) « فالأقرب » من ا و ب و حـ .

(٦) فى ا : « وليس على المشترين شيء على قول أبى حنيفة .. » .

(٧) « وليس على المشترى ... الخطة » ليست فى حـ . وأهل الخطة هم من اختط لهم عند استيلاء المسلمين على الأرض (راجع المغرب) .

(٨) « أهل » ليست فى ب .

(٩) « أهل » من ا و حـ .

(١٠) « أن » من ا و حـ .

الأشراف، من أهل الخطة[1] كانوا أو لا . وأما إذا لم يكن فى المحلة أحد ، من أهل الخطة ، وفيها ملاك وسكان : فعند أبى حنيفة ومحمد : على الملاك ، دون السكان .

وقال أبو يوسف : عليهم جميعا .

. . .

ولو وجد القتيل فى السوق : فعند أبى حنيفة ومحمد[2] : على أربابها . وعند أبى يوسف : على سكانها . وإن كانت السوق للعامة أو للسلطان : فالدية فى[3] بيت المال .

ولو وجد فى المسجد الجامع ، أو الجسور العامة ، أو النهر العام كدجلة والفرات ، فالدية فى[4] بيت المال ، ولا قسامة على[5] أحد .

فأما فى[6] النهر الخاص ، الذى يقضى فيه[7] بالشفعة للشريك[8] : فعلى عاقلة أرباب النهر .

ولو وجد فى السجن، ولا يعرف[9] من قتله : فعند أبى حنيفة ومحمد:

---

(١) « هم الذين يدبرون ... أهل الخطة » ليست فى ب . راجع الهامش ٧ ص ٢٠٤ .

(٢) فى ب : « ولو وجد القتيل فى السوق : فعند أبى حنيفة ومحمد : على الملاك دون السكان. وقال أبو يوسف عليهم جميعا . ولو وجد القتيل فى السوق : فعند أبى حنيفة ومحمد . . الخ » والظاهر أن الناسخ فى ب أعاد عجز العبارة السابقة وما يليها .

(٣) « فالدية فى » من ا و ب و حـ . وفى الأصل : « ففى » .

(٤) فى ا : « على » .

(٥) « على » ليست فى ب و حـ .

(٦) « فى » ليست فى ا و ب و حـ .

(٧) « فيه » ليست فى ب .

(٨) فى ا و حـ : « الشريك » .

(٩) فى ب : « لا يعرف » . وفى ا و حـ : « ولا يعلم » .

وتكون ميراثا لهم لو[١] فضل من ديته[٢] عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وعندهما: لاشيء فيه، وهو هدر ـ وبه أخذ زفر. وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة، مثله ـ لأن وجود القتيل[٣] في الدار، بمنزلة مباشرة القتل[٤] من صاحبها، فإذا وجد القتيل فى دار نفسه، فيصير كأنه قتل نفسه[٥]. وأبو حنيفة يقول: إن المعتبر، فى[٦] القسامة والدية، حال ظهور القتيل، بدليل أن من مات قبل ذلك، لا يدخل فى الدية، وحال ظهور القتيل[٧]، الدار للورثة، فيكون عليهم وعلى عاقلتهم، كمن[٨] وجد قتيلا في دار ابنه، أو بئرا حفرها ابنه: أليس أن[٩] القسامة والدية على ابنه وعواقله[١٠]؟ ـ كذا هذا[١١].

ثم يثبت الميراث، له، بعد ما صار للمقتول، حتى يقضى دينه[١٢]، فما[١٣] فضل يكون للورثة، بسبب القرابة ـ والله أعلم.

. . .

---

(١) فى ا: « ولو ».
(٢) أى بعد التجهيز والديون والوصايا. انظر ما سيلى فى المتن.
(٣) فى ا و ح: « القتال ».
(٤) « القتل » ليست فى ا و ح.
(٥) فى ا: « بنفسه ».
(٦) فى ح: « و ».
(٧) « القتيل » ليست فى ب.
(٨) فى ب: « فمن ».
(٩) « أن » ليست فى ا و ح.
(١٠) فى ح: « وعاقلته » وفى ا: « وعلى عاقلته ».
(١١) في ا و ح: « فكذا هذا » وليست في ب.
(١٢) كذا في ب. وفي الأصل: « ديته » وهذه الكلمة ليست في ا و ح.
(١٣) في ح: « فيما ».

هذا الذي ذكرنا إذا لم يدع الأولياء على رجل، بعينه،من أهل المحلة.

فأما إذا ادعوا[١] على رجل بعينه : فالقسامة ، والدية ، بحالهما[٢]ـ في جواب ظاهر الرواية .

وروى عبد الله بن المبارك[٣] عن أبي حنيفة ومحمد : أنه يسقط .

وقال أبو يوسف : القياس[٤] أنه يسقط ، وفي الاستحسان أنه لايسقط ، للأثر .

وجه ظاهر الرواية أن الظاهر أن القاتل أحد أهل المحلة ، والولي هكذا[٥] يدعي ، إلا أنه عين ، وهو متهم في التعيين ، فلا يعتبر .

فأما إذا ادعى الولي القتل[٦]على رجل من غيرهم ، <ف> يكون إبراء لهم عن القسامة ، والدية ـ لأنه نفى[٧] القتل عنهم ، بدعواه على غيرهم .

ولو شهد اثنان ، من أهل المحلة ، للولي ، بهذه الدعوى : لم تقبل شهادتهما ، في قول أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : تقبل ـ وإنما قال أبو حنيفة هذا لأن أهل[٨] المحلة صاروا خصما في هذه الدعوى ، فلا

---

(١) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « ادعى » .
(٢) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل :« بحالها » .
(٣) راجع ترجمته في الهامش ٢ ص ٤٨٢ من الجزء الأول .
(٤) « القياس » من ا و ب و حـ .
(٥) « هكذا » ليست في ا و حـ .
(٦) في ا و حـ : « بالقتل » .
(٧) في ا : « ينفي » . وفي حـ : « يبقى » وهو تصحيف .
(٨) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل كذا : « لاهل » .

تقبل شهادتهم . وإن خرجوا عن الخصومة ، بالإبراء ، كالوكيل إذا خاصم[١] ثم عزل فشهد[٢] : لا تقبل شهادته[٣] — كذا هذا .

وكذا لو ادعى الأولياء القتل[٤] ، على واحد من أهل المحلة ، بعينه ، فشهد شاهدان من أهل المحلة عليه : لم تقبل شهادتهما ، بالاتفاق ، لأن الخصومة قائمة عليهم ، بعد هذه الدعوى ، على ما بينا ، فتكون هذه شهادة لأنفسهم[٥] ، فلا تقبل[٦] .

---

(١) فى حـ : « خصم » .

(٢) فى ا و حـ : « وشهد » .

(٣) « شهادته » من ا و حـ .

(٤) فى ا و حـ : « أولياء القتيل » . وفي ب كذا : « كذا هذا ـ او دعا الأولياء القتيل » .

(٥) فى حـ كذا : « لا يقسم » .

(٦) زاد فى ب : « والله تعالى أعلم بالصواب » .

كتاب

الحـــدود

جمع[1] فى هذا[2] الكتاب بين حد الزنا وحد القذف ، وبين التعزير ـ فيحتاج إلى :

بيان سبب وجوب كل واحد منها[3] ،

وإلى بيان شرائط الوجوب ،

وإلى بيان كيفية الحد ، ومقداره[4] .

أما حد الزنا

فنوعان : الرجم ، والجلد مائة .

وسبب وجوبهما جميعا هو الزنا ، إلا أن لوجوب الرجم شرائط : إذا وجد الكل يجب ، وإلا فيجب الجلد .

ولو أسقط[5] الجَلْد للشبهة[6] ، يجب العُقْر[7] ، إذ الزنا ، في دار الإسلام ، لايخلو عن عقوبة ، أَو غرامة .

---

(١) فى حـ و ا : « قال رحمه الله : جمع ». ولكن فى حـ : « جميع » بدلا من « جمع ». والظاهر لنا أن المقصود هو محمد بن الحسن الشيبانى (راجع الكاسانى ، ٧ : ٣٣ . والجامع الصغير لمحمد ، ٤ : ٦٤ ـ ٧٠ . والسرخسى ، المبسوط ، ٩ : ٣٦) . وانظر فيما بعد الهامش ٢ ص ٢٣٣ .

(٢) « هذا » من ا و حـ . والظاهر لنا أن المقصود « كتاب الحدود » ـ أى جمع محمد فى كتاب الحدود ... الخ ـ راجع الهامش السابق والمراجع المذكورة فيه .

(٣) فى ا و ب و حـ : « منهما » . (٤) فى ا و حـ : « الحدود ومقدارها » .

(٥) فى ا و ب و حـ : « وإذا سقط » (٦) فى ا : « لشبهة » . انظر الصفحة التالية.

(٧) العُقر صداق المرأة إذا وطئت بشبهة (المغرب) .

فنذكر :

الزنا الموجب للحد ،

وشرائط وجوب الرجم ،

وطريق ثبوته عند القاضى .

أما الزنا :

فهو : الوطء ، الحرام ، الخالى عن حقيقة الملك ، وحقيقة النكاح ، وعن شبهة الملك ، وعن شبهة النكاح ، وعن شبهة الاشتباه أيضا .

أما الوطء ففعل معلوم ، وهو إيلاج فرج الرجل فى[1] فرج المرأة .

وإنما شرطنا كونه **حراما** فإن وطء المجنون ووطء الصبي العاقل ، لا يكون زنا ، لأن فعلهما لا يوصف بالحرمة .

وكذلك الوطء فى **الملك والنكاح** ، وإن كان حراما ، لا يكون زنا ، كوطء الحائض ، والنفساء ، ووطء الجارية المجوسية ، والأخت من الرضاع ، والجارية المشتركة ، ونحوه .

وقوله **الخالى عن شبهة الملك** ، فإن وطئ جارية ابنه ، وجارية مكاتبه ، وجارية عبده المأذون المديون[2] ، والجارية من المغنم[3] فى دار الحرب ، أو بعد الإحراز قبل القسمة[4] ، <ف>ليس بزنا ، فإن شبهة الملك ، وهو

---

(١) « فى » من ا و ب . وليست فى الأصل . وفى حـ : « إلى » .

(٢) فى ب : « والمديون » .

(٣) « من المغنم » ليست فى ا و حـ .

(٤) « قبل القسمة » من حـ و ا .

الملك من وجه ، ثابت فى هذه المواضع[١] ، حتى لا يجب الحد ، وإن قال : « علمت أنها على[٢] حرام » .

وقولنا عن[٣] **شبهة العقد** ، فإن وطء امرأة تزوجها[٤] بغير شهود ، أو أمة تزوجت[٥] بغير إذن مولاها ، أو عبد[٦] تزوج بغير إذن مولاه - لا يكون زنا .

وكذا من تزوج أمة على حرة ، أو تزوج مجوسية ، أو خمسا فى عقد[٧] ، أو جمع بين أختين ، أو تزوج من[٨] محارمه - فوطئها ، وقال: «علمت أنها على حرام» : لا حد عليه عند أبى حنيفة ، وعندهما : يجب الحد فى كل وطء ، حرام على التأبيد : فوجود التزوج[٩] فيه لا يوجب شبهة ، وما ليس بحرام على التأبيد[١٠] ، فالعقد[١١] يوجب شبهة ، كالنكاح بغير شهود ونحوه - والمسألة معروفة[١٢] .

---

(١) فى ب : « فى هذا الموضع » . وفى ا : « فإن شبهة الملك موجود والملك ثابت من وجه فى هذه المواضع » .

(٢) « على » من ا و حـ .

(٣) « عن » من ا و حـ .

(٤) فى حـ كرر : « امرأة » ففيها : « امرأة تزوجها امرأة » .

(٥) فى ا و حـ : « تزوجها » .

(٦) فى ا و حـ : « العبد » .

(٧) كذا فى ب . وفى الأصل و ا : « فى عقدة » . وفى حـ : « بعقدة » .

(٨) «من» من ا و حـ . وفى ب : « تزوج بجارية » .

(٩) « التزوج » ليست فى ا و حـ . وفى ب : « التزويج منه » .

(١٠) فى ا : « على التأبيد لا يجب الحد » . وانظر الهامش بعد التالى .

(١١) كذا فى ب . وفى الأصل : « والعقد » . وانظر الهامش التالى .

(١٢) « فالعقد ... معروفة » ليست فى ا و حـ .

وأما شبهة الاشتباه ـ وهى[1] أنه إذا وطىء فقال[2] « ظننت أنها تحل لى » ـ لا يجب الحد . وإذا قال « علمت أنها على[3] حرام » ـ فإنه يحد .

وجملة هذا أن دعوى الاشتباه معتبرة فى سبعـ< ة > مواضع : جارية الأب ، وجارية الأم ، وجارية الزوجة ، و[4] المطلقة ثلاثا مادامت فى العدة[5] ، وأم الولد مادامت تعتد[6] منه ، والعبد إذا وطىء جارية مولاه ، والجارية المرهونة فى رواية كتاب الرهن . وفى أربعـ< ـة > مواضع لا يحد ، وإن قال « علمت أنها على[7] حرام » : جارية الابن وإن سفل[8] ، والجارية المبيعة[9] إذا وطئها البائع قبل القبض ، والجارية المتزوج[10] عليها إذا كانت فى يد الزوج ، والمطلقة طلاقا بائنا ، والجارية بين الشريكين .

وفيما سوى ما ذكرنا يجب الحد ، ولا يعتبر شبهة الاشتباه .

ومن وجد على فراشه ، أو فى[11] بيته ، امرأة ، فوطئها ، وقال « ظننت أنها جاريتى » أو « امرأتى » ـ يحد ، لأنه لا يحل له الوطء مع الاشتباه .

---

(١) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « وهو » .
(٢) فى ا و ب و حـ : « وقال » .
(٣) « على » ليست فى ب .
(٤) « و » ليست فى ب .
(٥) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « فى العقد » .
(٦) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « تعد » .
(٧) « على » ليست فى ب .
(٨) كذا فى ا و ب . وفى الأصل و حـ : « سفلوا » .
(٩) « المبيعة » ليست فى ا و حـ .
(١٠) كذا فى ب . وفى الأصل : « المتزوجة » . وفى ا و حـ كذا : « التزوج عليها » .
(١١) « فى » ليست فى حـ .

فأما الأعمى إذا وجد على فراشه امرأة، فوطئها، فكذلك الجواب عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال زفر: لا يجب عليه[١] الحد، كما في المرأة المزفوفة إلى بيت زوجها[٢]. وقال محمد: إذا دعا[٣] الزوج[٤] الأعمى امرأته، فأجابته امرأة[٥] فقالت[٦] «أنا[٧] فلانة امرأتك» - فوطئها، لا حد عليه. فأما إذا أجابته ولم تقل «أنا[٨] فلانة» - يجب الحد، لأنه[٩] في وسعه[١٠] أن يتفحص أكثر من هذا، فلا يصير شبهة، فيجب الحد.

وأما شرائط[١١] وجوب الرجم:

<فـ> أن يكونا محصنين.

والإحصان عندنا عبارة عن اجتماع سبعة أشياء: البلوغ، والعقل، والإسلام، والحرية، والنكاح الصحيح، والدخول على وجه يوجب الغسل، من غير إنزال[١٢]، وهما على[١٣] صفة الإحصان[١٤].

---

(١) «عليه» من ا و حـ.

(٢) «زوجها» ليست في حـ. وفي ا: «إلى بيته».

(٣) في حـ و ب: «ادعى».

(٤) «الزوج» ليست في ا و حـ.

(٥) و (٦) في حـ و ا: «امرأة أخرى وقالت». وفي ب: «وقالت».

(٧) «أنا» ليست في حـ.

(٨) «أنا» ليست في حـ.

(٩) في ب: «لأن».

(١٠) كذا في ا و ب و حـ. وفي الأصل كذا: «لأنه من وسيمة».

(١١) في ا: «شرط». وفي حـ: «شروط».

(١٢) «المعتبر إيلاج الحشفة بحيث يجب عليه الغسل ولا يشترط الإنزال» الزيلعي، ٣: ١٧٢. وانظر حـ ١ ص ٤٧ من التحفة.

(١٣) «وهما على» ليست في حـ. انظر الهامش التالي.

(١٤) «وهما على صفة الإحصان» ليست في ا - أي يشترط إحصانهما حالة الدخول (الزيلعي، ٣: ١٧٢).

وروى عن أبي يوسف أن الإسلام ليس بشرط - وهو قول الشافعي.

وكذا روى عنه: أنه لا يعتبر الدخول بها و[1] هما على صفة الإحصان - حتى قال: إن المسلم إذا وطىء الكافرة صار بها محصنا.

وإذا وجد الوطء قبل الحرية، ثم أعتقا، صارا محصنين بالوطء المتقدم - والمسألة معروفة.

فإذا فات شرط من شرائط الإحصان، يجب الجلد لا الرجم[2]، لقوله تعالى: «فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة»[3].

. . .

ولا يجمع بين الجلد والرجم، بالاتفاق.

واختلفوا في الجمع بين الجلد والتغريب[4]: فقال[5] أصحابنا رحمهم الله: لا يجمع. وقال الشافعي: يجمع - والمسألة معروفة.

فأما طريق ثبوته عند القاضي:

فشيئان: البينة، والإقرار.

أما مشاهدة القاضي الزنا، في حالة[6] القضاء أو قبل القضاء، فلا[7]

---

(١) الواو من ا و ب و ح.

(٢) «الجلد لا الرجم» من ا. وفي ح: «الجلد» فقط. وفي الأصل: «الحد». وفي ب تشبه أن تكون: «الحد».

(٣) النور: ٢ والآية: «الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة، ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر، وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين».

(٤) في ا و ح: «والتعزير».

(٥) الفاء من ب.

(٦) كذا في ا و ب و ح. وفي الأصل: «في الزنا حالة».

(٧) الفاء من ب

يعتبر فى حق الحدود ، بالإجماع ، وإن كان بين العلماء اختلاف فى غيرها[١] من الأحكام .

. . .

أما البينة ـ فشهادة أربعة رجال ، عدول ، أحرار ، مسلمين ، على الزنا. ولا تقبل فيها شهادة النساء[٢] ، مع الرجال[٣] ، بلا خلاف .

وأما الإحصان : فيثبت[٤] بشهادة الرجال مع النساء[٥] ، عندنا ـ خلافا لزفر .

. . .

وأما الإقرار ـ فهو[٦] أن يقر[٧] المقر[٨] ، أربع مرات ، بالزنا ، عند الإمام ، فى أربعة[٩] مواطن ، عندنا ـ خلافا للشافعى .

وينبغى للإمام ، إذا جاء الرجل وأقر بالزنا ، أن يزجره عن[١٠] الإقرار ، ويظهر الكراهية[١١] من ذلك ، ويأمر بتنحيته عن المجلس[١٢] ـ فإن عاد ثانيا ، فعل به مثل ذلك[١٣] . وإن عاد ثالثا[١٤] ، فعل به

---

(١) فى ا و حـ : « فى غيرها » .
(٢) فى ا سقطت النون من « النساء » حتى بدت مع ما بعدها هكذا : « السامع الرجال » .
(٣) « الرجال » ساقطة من حـ .
(٤) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « أما الاحصان يثبت » .
(٥) فى ا و ب و حـ : « النساء مع الرجال » .
(٦) « فهو » من ا و حـ . وفى ب : « وهو » .
(٧) فى ا و حـ : « أن يقول أو يقر » .
(٨) « المقر » ليست فى ا .
(٩) كذا فى ب . وفى الأصل و ا و حـ : « فى أربع » .
(١٠) فى ب : « على » .
(١١) فى ا : « الكراهة » ـ وتغلب ذلك فى ب .
(١٢) فى ا و ب و حـ : « مجلسه » .
(١٣) فى ا : « مثل ما فعل ذلك » .
(١٤) فى حـ : « بالثالث » . وانظر الهامش بعد التالى .

مثل[1] ذلك[2] .

فإذا أقر ، أربع مرات، نظر فى حاله: هل هو صحيح العقل ، وأنه ممن يجوز إقراره[3] على نفسه؟ فإذا عرف ذلك ، سأله عن الزنا : ماهو؟ وكيف زنى[4] ؟ وبمن زنى ؟ ومتى زنى[5] ؟ وأين زنى ؟ لاحتيال[6] الشبهة فى ذلك .

فإذا بين ذلك ، سأله : هل هو محصن ؟ فإن قال : هو محصن ، سأله عن الإحصان : ما هو ؟ فإن فسره ، ووصفه بشرائطه[7] : حكم عليه بالرجم ، وأمر بإقامته عليه .

ويعتبر اختلاف مجالس المقر ، لا اختلاف مجلس القاضى ، حتى إن القاضى إذا كان فى مجلسه ، فأقر الزانى أربع مرات ، فى أربع <ة> مجالس من مجالس المقر[8] ، يقام عليه الحد ، سواء تقادم العهد[9] أو لا[10] .

وإنما يعتبر التقادم مانعا فى[11] الشهادة : إذا شهدوا[12] بعد تقادم العهد:

---

(١) « مثل » من ا و حـ . وانظر الهامش التالى .

(٢) « فإن عاد ثالثا ... ذلك » ليست فى ب .

(٣) فى ب : « الإقرار » .

(٤) فى ب : « وكيف هو » .

(٥) « ومتى زنى » من ب .

(٦) فى ا و ب و حـ : « لاحتمال » .

(٧) الهاء من ا و ب و حـ .

(٨) « من مجالس المقر » من ا و حـ .

(٩) فى ا و حـ : « الحد » .

(١٠) فى حـ : « أم إلا » . وفى ا : « أم لا » .

(١١) فى ا و ب و حـ : « من » .

(١٢) فى حـ : « فإذا شهد » . وفى ا : « لإذا شهد » .

لا تقبل - لأجل التهمة ، ولا تهمة فى الإقرار .

ولو أقر ، بالزنا ، عند غير الإمام ، أو[١] عند من ليس له ولاية إقامة الحد ، أربع مرات - فإنه[٢] لا يعتبر ، حتى إنه[٣] لو شهد الشهود ، على إقراره ، أربع مرات ، فى مجالس مختلفة ، فى حضرة من ليس له ولاية إقامة الحد - فالقاضى لا يقبل هذه الشهادة[٤] ، لأن الزانى ، إن كان منكرا[٥] ، فقد رجع عن الإقرار ، وإن كان مقرا ، فلا[٦] عبرة لشهادة[٧] مع الإقرار .

ولو أنه إذا أقر أربع مرات ، عند القاضى ، ثم رجع ، بعد الحكم بالرجم ، أو قبله ، أو رجع ، بعدما رجم ، قبل الموت إن كان محصنا ، أو بعد ما ضرب بعض الجلد إذا لم يكن محصنا ، أو[٨] هرب ، فإنه يدرأ الحد عنه ، لأن النبي عليه السلام لقن ماعزا[٩] ، الرجوع ، حين أقر بين يديه بالزنا : «لعلك مسستها ! لعلك قبلتها !» فلو[١٠] لم يصح الرجوع ، لم يكن لهذا التلقين فائدة .

---

(١) الهمزة من ا .

(٢) « فإنه » ليست فى ا و حـ .

(٣) « إنه » من ا . وفى حـ : « حتى إن » .

(٤) « الشهادة » ليست فى ا .

(٥) فى ا : « لأن الزانى إذا أنكر » . وفى حـ : « لأن الزانى أنكر » .

(٦) فى حـ : « ولا » .

(٧) فى ب : « للشهادة » . وفى حـ : « الشهادة » . وفى ا : « لهذه الشهادة » .

(٨) فى حـ : « و » .

(٩) هو ماعز بن مالك الأسلمى الصحابى المعترف بالزنا المرجوم ، وهو معدود فى المدنيين . وكتب له رسول الله صلى الله عليه وسلم كتابا بإسلام قومه . وروى عنه ابنه عبد الله حديثا واحداً رحمه الله (النووى ، التهذيب) .

(١٠) الفاء من ا و حـ . وفى ب : « أو » .

ثم إذا ثبت وجوب الرجم ، بالشهادة ، فالقاضي يأمر الشهود أولا بالرجم ، فإذا رجموا[١] ، رجم الإمام بعدهم ، ثم الناس .

وقال الشافعي : البَداءة[٢] بالشهود[٣] ليس بشرط .

فإن امتنع الشهود أو بعضهم عن الرجم سقط الرجم[٤] في قول أبي حنيفة ومحمد[٥] ، وفي[٦] إحدى الروايتين عن أبي يوسف ، لأن امتناعهم عن الرجم أورث[٧] شبهة الكذب في شهادتهم .

وفي الجلد لا يؤمر الشهود به[٨] ، لأن كل واحد لا يعرف الجلد على وجهه .

ولو جن الشهود أو خرسوا ، أو عموا ، أو ارتدوا ، أو ماتوا ـ سقط الحد ، لما قلنا .

• • •

ثم ينصب[٩] الرجل قائما ، ولا يربط بشيء ، ولا يحفر له حفيرة[١٠] ،

---

(١) في ا و حـ : « رجموه » .

(٢) في الأصل و ب : « البداية » وقد قدمنا (حـ ا ص ١٧ هامش ٩) أن « البداية » خطأ والصحيح « البَداءة » . وفي حـ : « البداية في الرجم » . وفي ا : « البداية من الرجم » .

(٣) كذا في ا و ب . وفي حـ : « بالشهادة » . وفي الأصل : « بالإمام » .

(٤) في ا : « فإن امتنع الشهود عن البداية بالرجم أو بعضهم سقط الرجم » . وفي حـ مثل ما في ا . إلا أنه في حـ قال : « وبعضهم سقط الرجم » .

(٥) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « عندهما » .

(٦) « في » من ا و حـ .

(٧) في حـ سقطت الراء .

(٨) في ا و حـ : « بالبداية » .

(٩) في ا و حـ : « يحد » .

(١٠) في ب : « حفرة » .

لأنه ربما يفر ، فيكون دلالة الرجوع . وفى المرأة يحفر لها حفيرة ، للستر ، وفى رواية : لا بأس بترك الحفر[١] .

فأما فى الجلد فإنه يقام الرجل[٢] ، وتضرب[٣] المرأة قاعدة ، وينزع عن[٤] الرجل ثيابه ، إلا الإزار[٥] فى الزانى[٦] ، وفى التعزير ، ولا ينزع فى القاذف[٧] إلا الفرو والحشو ، وفى الشارب[٨] روايتان ، وأشهرهما أنه يجرد .

فالحاصل أن أشد الضرب هو التعزير ، ثم الجلد فى الزنا ، ثم فى الشرب ، ثم فى القذف .

وفى المرأة لا ينزع الثياب ، إلا الفرو والحشو ، لأن كشف[٩] العورة حرام ، والزجر واجب[١٠] .

ويضرب الحد فى الأعضاء كلها متفرقا[١١] إلا فى[١٢] العضو الذى

---

(١) فى ب : « الحفرة » . وفى ا و حـ : « الحفيرة » .

(٢) فى ا و حـ : « فإنه يجلد الرجل قائما » .

(٣) « وتضرب » ليست فى ا و حـ .

(٤) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « من » .

(٥) فى حـ : « الإيزار » .

(٦) فى ا و حـ : « فى الزنا » .

(٧) فى ا و حـ : « فى القذف » .

(٨) فى ا : « وفى حد الخمر » .

(٩) « ثم فى الشرب ... كشف » ليست فى ا و حـ .

(١٠) فى ا تحريف : « ثم الستر حرام والأجر واجب » .

(١١) « متفرقا » ليست فى ا و حـ .

(١٢) « فى » ليست فى ا و حـ .

هو مقتل[١] ، وهو[٢] الرأس والوجه والصدر والبطن والمذاكير[٣] - وهذا فى حق الصحيح .

فأما المريض فلا < يجلد >[٤] حتى يبرأ . وكذا الحامل حتى تضع حملها[٥] ، وتخرج عن النفاس ، لأن النفاس مرض ، بخلاف الحيض .

فأما الرجم فيقام[٦] فى الأحوال كلها ، إلا فى الحامل ، لأنه لا جناية من الحمل .

ولا تقام الحدود فى المسجد[٧] ، وإنما تقام فى موضع يشاهده[٨] الإمام ، أو يبعث أمينه حتي يقام بين يديه .

وإذا مات المرجوم، يدفع إلى أهله حتى يغسلوه ، ويكفنوه ، ويصلوا عليه - هكذا قال النبي[٩] عليه السلام فى ماعز[١٠] : «اصنعوا[١١] به ما تصنعون بموتاكم » .

---

(١) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « مقبل » .

(٢) فى ب : « وفى » .

(٣) فى المغرب : « قطع مذاكيره إذا استأصل ذكره - وإنما جمع على ماحوله كقولهم شابت مفارق رأسه » .

(٤) فى الأصل و ا و ب و حـ : « فلا يحد » . والصحيح « فلا يجلد » - ففى الكنز : « والمريض يرجم ولا يجلد حتى يبرأ » (انظر الزيلعى ، ٣ : ١٧٤) - وانظر ماسبق فى المتن .

(٥) « حملها » من ا و حـ .

(٦) الفاء من ب .

(٧) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل :« فى المجلس » .

(٨) فى ب : « يشاهد » . وفى ا و حـ : « بشهادة » .

(٩) « النبي » من ا و حـ .

(١٠) راجع فيما تقدم الهامش ٩ ص ٢١٩ .

(١١) فى حـ : « صنعوا » .

وأما حد القذف

فيحتاج إلى :

بيان[١] كيفيته . وبيان مقداره ،

وإلى تفسير القذف الموجب للحد ،

وإلى بيان شرائطه ،

وإلى بيان أحكامه .

أما الأول :

فحد القذف مقدر بثمانين[٢] سوطا ، لقوله تعالى : « فاجلدوهم ثمانين جلدة »[٣] .

وأما تفسير القذف :

فهو[٤] نوعان :

أحدهما ـ أن يقذفه بصريح الزنا ، الخالى عن شبهة الزنا[٥] الذى[٦] لو أقام[٧] عليه أربعة من الشهود أو[٨] أقر به[٩] المقذوف[١٠] ـ يجب عليه

---

(١) « بيان » من ا و ب و حـ .
(٢) فى ا : « مقدر وهو ثمانون » . وفى ب : « مقدار ثمانين » .
(٣) النور : ٤ والآية : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون » .
(٤) « فهو » ليست فى ا و حـ .
(٥) فى ا و ب و حـ : « عن الشبهة » . راجع فيما تقدم ص ٢١٢ وما بعدها .
(٦) « الذى » من ا و حـ . وفى ب : « التى » .
(٧) فى ا و حـ : « قام » .
(٨) الهمزة من ا و حـ .
(٩) « به » ليست فى ب .
(١٠) فى ا و حـ : « مقر » .

حد الزنا . فإذا عجز القاذف عن إثباته بالحجة[١] ، فينعقد[٢] سببا لوجوب[٣] حد القذف .

والثانى ـ أن ينفى[٤] نسب إنسان ، من[٥] أبيه المعروف ، فيقول « لستَ بابن فلان »[٦] أو « هو ليس بأبيك » فهو قاذف لأمه ، كأنه قال : « أمك زانية » أو « زنت أمك » .

ولو قال : « ياابن الزانى » أو « يا ابن الزانية » ـ يكون قاذفا .

ولو قال : « لست[٧] لأمك » لا يكون قذفا[٨] و[٩] .

ولو قال « أنت ابن فلان » لعمه ، أو خاله ، أو لزوج أمه ، فى غير حال الغضب ـ لا يكون قذفا[١٠] ، لأنه ينسب إليه فى[١١] العرف . وإن كان فى حال الغضب ، على سبيل[١٢] الشتم ، يكون قذفا .

ولو قال لرجل « يازانية » ـ لا يجب الحد[١٣] عند أبى حنيفة وأبى

---

(١) فى ا و حـ : « عن إقامة الحجة » .

(٢) الفاء من ب .

(٣) فى ا : « لوجود » .

(٤) فى حـ : « يتقى » .

(٥) فى ا و حـ : « عن » .

(٦) فى ا و حـ : « ياابن فلان » ـ و « لست » ليست فيهما .

(٧) فى حـ : « ليست » .

(٨) فى حـ و ب : « قاذفا » .

(٩) « ولو قال : لست ... قذفا » ليست فى ا .

(١٠) « ولو قال ... قذفا » ليست فى حـ . وفى ب و حـ : « لا يكون قاذفا » .

(١١) فى ا و حـ : « لأنه قد ينسب فى العرف » .

(١٢) فى ا و ب و حـ : « على طريق » .

(١٣) فى ا و حـ : « لا يحد » .

يوسف ، خلافا لمحمد[١] .

ولو قال لامرأته « يازانى » ـ يحد ، بالإجماع .

ولو قال « يازانىء » بالهمزة ، وعنى به الصعود ـ يحد ، لأن العامة لا تعرف هذا .

ولو قال « زنأت فى الجبل » وعنى به الصعود : < ف > عند أبي حنيفة وأبي يوسف : يحد ، لما قلنا ـ خلافا لمحمد .

ولو قال « زنأت على الجبل » ـ يحد ، بالإجماع ، لأنه لا يستعمل لفظه[٢] على الصعود .

وأما الشرائط :

فشرط وجوب الحد أن يكون المقذوف محصنا .

وشرائط إحصان حد القذف خمسة : العقل ، والبلوغ ، والحرية ، والإسلام ، والعفة عن الزنا .

. . .

وأما شرط[٣] ظهور حد القذف ، عند القاضي ، بالبينة أو بالإقرار ـ < ف > هو خصومة[٤] المقذوف ، ومطالبته ، وحضرته[٥] عند الإقامة ، لأن فيه حق العبد ، وحق العبد لا يثبت إلا بمطالبته وخصومته .

---

(١) « عند أبي حنيفة ... لمحمد » ليست فى ا و ح .

(٢) كذا فى ب . وفى ا : « لا تستعمل لفظة » . وفى الأصل : « تلفظه » . وفى ح : « لا تستعمل بلفظه » .

(٣) فى ب و ح : « شرائط » .

(٤) فى ح : « وخصومة » . وفى ا : « والخصومة » .

(٥) فى ا و ح : « فطالبته وخصومته » .

ثم حق الخصومة والطلب، للمقذوف، إذا كان حيا، سواء كان حاضرا أو غائبا. وليس لأحد حق الخصومة[١] إلا بإنابته عند أبي حنيفة ومحمد. وعند أبي يوسف[٢]: لا تصح وكالة في حد ولا قصاص[٣].

وأجمعوا أنه لا يصح الوكالة في استيفاء الحدود والقصاص، وعنوا بهذا أنه لابد من[٤] حضرة المقذوف، وحضرة ولي القصاص - للاستيفاء[٥].

فأما إذا حضرا[٦]: ففي حد القذف: الاستيفاء[٧] إلى الإمام، وفي القصاص: إلى الولي. لكن إذا وكل إنسانا[٨] بالاستيفاء، بين يديه، لعجزه وضعف قلبه - جاز، بالإجماع.

ولو أنه طلب المقذوف الحد، وخاصم، بين[٩] يدي القاضي، وحكم القاضي به، ثم مات، أو مات قبل أن يطالب، أو مات بعد ما ضرب بعض الحد - بطل الحد وبطل ما بقي، وإن كان سوطا واحدا، ولا تبطل شهادة المقذوف - وهذا عندنا.

وعند الشافعي: يقوم الوارث مقامه، في الخصومة، والحضرة.

---

(١) « والطلب للمقذوف ... حق الخصومة » ليست في ح.

(٢) في ا و ب و ح: « وقال أبو يوسف ».

(٣) زاد هنا في ب: « وأجمعوا أنه لا يصح وكالة في حد ولا قصاص » - والظاهر حصول تكرار من الناسخ: انظر ما يلي في المتن.

(٤) كذا في ا و ب و ح. وفي الأصل: « عن ».

(٥) « الاستيفاء » ليست في ا و ب و ح.

(٦) كذا في ب. وفي الأصل: « حضروا ». وفي ا و ح: « حضر ».

(٧) كذا في ا و ب و ح. وفي الأصل: « في حد القذف فالاستيفاء ».

(٨) « إنسانا » ليست في ح.

(٩) في ا و ح: « فلو أنه إذا طالب المقذوف الحد وجاءوا به بين ». وفي ب: « فلو أنه إذا طالب المقذوف بالحد وخاصم بين ».

فالحاصل أن المغلب فى حد القذف حق الله تعالى عندنا[١] . وعنده : المغلب[٢] حق العبد - فلا يورث عندنا ، خلافا له .

وعلى هذا : لا يصح الصلح ، والعفو من المقذوف ، عندنا - خلافا له ، والمسألة معروفة[٣] .

هذا إذا قذفه فى حال الحياة[٤] . فأما إذا قذفه ، **بعد الموت** ، بالزنا ، فإن حق الخصومة فيه للوالد وإن علا[٥] ، وللولد وإن سفل[٦] ، ولا حق للأخ ، والعم ، والمولى - وهذا قول[٧] أبى حنيفة وأبى يوسف حتى يدخل فيه أولاد البنات عندهما ، وعند محمد : لا يدخل إلا من يرث بالعصوبة .

وأما بيان الأحكام - < فنقول > :

إذا رفع المقذوف الأمر إلى القاضى ، والقذف صحيح ، فلا يخلو : إما أن ينكر القاذف ، أو يقر[٨] .

فإن أنكر ، وطلب المقذوف[٩] من القاضى أن يؤجله حتى يقيم البينة ، وادعى أن له بينة ، حاضرة ، فى المصر[١٠] - فإنه يؤجله[١١] إلى أن يقوم من

---

(١) « عندنا » من ب .
(٢) « المغلب » ليست فى ا و حـ .
(٣) « من المقذوف ... معروفة » ليست فى ب .
(٤) « هذا ... الحياة » ليست فى ا و حـ .
(٥) فى ب : « للوالدين وإن علوا » .
(٦) في ب : « سفلوا » .
(٧) فى ب : « عند » . وفى الأصل : « قولهما » .
(٨) فى حـ و ا : « يعترف » .
(٩) « المقذوف » ليست فى ب .
(١٠) انظر فيما بعد ص ٢٢٩ - ٢٣٠ .
(١١) فى حـ سقطت عبارة : « حتى يقيم البينة ... يؤجله » وفى ب هنا تكرار .

المجلس ، ويحبس المدعى عليه القذف[١] ، فإن أقامها ، إلى آخر المجلس ، وإلا خلى سبيله ، ولا يأخذ منه كفيلا بنفسه - وهذا قول أبى حنيفة .
وقال أبو يوسف : يأخذ[٢] منه كفيلا بنفسه[٣] ، حتى يحضر الشهود ، ولا يحبسه . وعن محمد أنه قال : أكفله ، ثلاثة أيام ، ولا أحبسه : فإن أقام شاهدا ، واحدا ، عدلا ، فإنه يحبس حتى يحضر الشاهد الآخر ، وإن أقام شاهدا غير عدل ، فإنه[٤] يؤجله إلى آخر المجلس .

وإن قال المقذوف « بينتى خارج المصر » أو « غائبون » : فإن القاضى يخلى سبيل القاذف ، على ما ذكرنا .

وإن أقام رجلا[٥] وامرأتين ، أو الشهادة على الشهادة ، أو كتاب القاضى فى إثبات القذف - فلا[٦] يقبل ، لأن الذكورة شرط فى الحد[٧] .

ولو أقام القاذف رجلا وامرأتين ، على أن المقذوف[٨] صدقه فى قذفه له[٩] ، يقبل[١٠] ، لأنها قامت على درء الحد[١١] .

وإن طلب المقذوف ، من القاضى ، أن يستحلف القاذف - فإنه

---

(١) في ا و حـ : « بالقذف » . « والمراد من الحبس الملازمة أي يقال المدعي : لازمه إلى هذا الوقت » الكاسانى ، ٧ : ٥٣ : ٥ .
(٢) كذا فى ا ب و حـ . وفى الأصل : « يؤخذ » .
(٣) « بنفسه » ليست فى ب .
(٤) « فإنه » من ا و حـ .
(٥) كذا فى ا و حـ . وفى الأصل و ب : « رجل » .
(٦) الفاء من ا .
(٧) في ا : « فى الحدود » .
(٨) « فلا يقبل ... المقذوف » ليست في ب .
(٩) « له » من ا و ب و حـ .
(١٠) فى ب : « ويقبل » . وفى حـ : « فقبل » .
(١١) في ا و حـ : « على ذلك الحد » .

لا يحلفه عندنا ، خلافا للشافعي ، بناء على[١] أن حد القذف حق العباد[٢] عنده .

. . .

فإذا أقام البينة على القذف ، أو[٣] أقر القاذف ـ فإن القاضي يقول للقاذف « أقم البينة على صحة قولك »[٤] :

فإن أقام أربعة من الشهود ، على معاينة الزنا ، أو على إقراره بالزنا ، على الوجه الذي ذكرنا ـ يقيم حد الزنا ، على المقذوف ، ولا يقيم حد القذف على القاذف ، لأنه ظهر أنه صادق في مقالته .

فإن عجز عن إقامة البينة للحال ، وقال للقاضي « أجلني حتى أحضر[٥] البينة ، ولي بينة[٦] في المصر[٧] » فإنه يؤجله إلى قيام المجلس : فإن أقام البينة إلى[٨] آخر المجلس ، وإلا أقام[٩] عليه حد القذف ، ولا يأخذ منه كفيلا ، حتى يذهب ، فيطلب شهوده ، ولكن يحبسه[١٠] ،

---

(١) في حـ : « للشافعي ما على » .

(٢) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « الغير » . راجع فيما تقدم ص ٢٢٧ .

(٣) في ا و حـ : « و » .

(٤) في ا و ب و حـ : « على صحة قذفك » .

(٥) في ب : « أقيم » .

(٦) في حـ : « والبينة » .

(٧) راجع فيما تقدم ص ٢٢٧ وما بعدها .

(٨) « قيام المجلس فإن أقام البينة إلى » ليست في حـ و ا . أما في ب فليس فيها عبارة « فإن أقام البينة إلى آخر المجلس » .

(٩) في ا : « ولا يقيم » . راجع الهامش السابق .

(١٠) « المراد من الحبس الملازمة أي يقال المدعى : لازمه إلى هذا الوقت » الكاشاني ، ٧ : ٥٣ : ٥ . وراجع فيما تقدم الهامش ١ ص ٢٢٨ .

ويقول له « ابعث إلى شهودك » . وعلى قول أبي يوسف[1] : يؤجل[2] إلى المجلس الثانى .

وعن محمد أنه قال[3] : إن لم يجد أحدا يبعثه[4] إلى الشهود[5] ، أتركه حتى يذهب ، ويحضر الشهود ، وأبعث[6] معه شُرَطا[7] حتى يحفظوه ، ولا أدعه حتى يفر[8] : فإن عجز ، أقيم[9] عليه الحد .

فإن ضرب بعض الحد، فحضر الشهود ، وشهدوا ـ بطل الحد الباقى ، وأقبل شهادتهم .

وإن شهدوا بعد إقامة الحد ، على صدق مقالته ـ تقبل[10] شهادتهم ، ويظهر[11] فى حق الشهادة ، حتى[12] لا يرد شهادته بعد ذلك[13] .

---

(١) كذا فى ا و ب و حـ . وفي الأصل: « الشافعي » . وفي الكاساني (٧ : ٥٣ : ٢٦ وما بعده) أنه قول أبي يوسف ومحمد وأن هناك رواية أخرى عن محمد وهي التى سترد في المتن بعد قليل .

(٢) في ا و حـ : « يؤجله » .

(٣) « قال » ليست في ا و ب و حـ .

(٤) الهاء من ا و ب و حـ .

(٥) فى ا و حـ : « شهوده » .

(٦) فى حـ : « وأبعثه » .

(٧) الشُّرَط جمع شرطة بمعنى الجند والشُّرَط على لفظ الجمع أعوان السلطان لأنهم جعلوا لأنفسهم علامات يعرفون بها للأعداء ـ الواحدة شُرْطة (المصباح) .

(٨) فى ا و حـ : « شرطا يحفظونه ولا أدعه يفر » .

(٩) فى ا و حـ : « يقيم » . وفى ب : « فإنه يقيم » .

(١٠) فى ا و حـ : « قبل » .

(١١) أى أثر القبول (الكاسانى ، ٧ : ٥٣ : السطر الأسفل) .

(١٢) فى ا و حـ : « فى خط الشهادة أن » .

(١٣) فى ب : « شهادة المحدود في القذف » . وفي ا و حـ : « شهادة هذا المحدود في القذف » .

وأما التعزير

فيجب[١] فى جناية ليست بموجبة للحد[٢] ، بأن قال « يا كافر » أو[٣] « يا فاسق » أو[٤] « يا فاجر » ونحو ذلك .

. . .

ويكون التعزير على قدر الجناية ، وعلى قدر مراتب الجانى[٥] : قد يكون بالتغليظ فى القول[٦] ، وقد يكون بالحبس ، وقد يكون بالضرب .

وأقل التعزير ثلاثة أسواط ، فصاعدا ، ولا يبلغ أربعين ، بل ينقص منه سوط[٧] ـ وهذا عند[٨] أبى حنيفة ومحمد .

وقال أبو يوسف[٩] : فى العبد[١٠] ينقص من أربعين خمسة أسواط ، وفي الحر[١١] لا يبلغ ثمانين ، وينقص منه[١٢] خمسة أسواط[١٣] .

---

(١) الفاء من ب .
(٢) فى حـ : « موجبة لحد » . وفى ب : « بموجبة الحد » . وفى ا : « موجبة للحد » .
(٣) و(٤) « أو » من ا .
(٥) فى ا و ب و حـ : « الناس » .
(٦) فى حـ : « بالقول » .
(٧) فى ا و ب و حـ : « سوطا » .
(٨) في ا و حـ : « قول » .
(٩) فى ا و حـ : « وعند أبى يوسف » .
(١٠) في ا و ب و حـ : « في العبد كذلك » .
(١١) فى الأصل : « وفى الحد » .
(١٢) « منه » من ا و ب و حـ .
(١٣) « أسواط » من ب . وراجع فيما تقدم ص ٢٢١ .

وأصله قوله عليه السلام : « من بلغ حدا ، فى غير حد - فهو من المعتدين » .

. . .

ولا يؤخذ[١] فيه[٢] الكفالة[٣]

ولا يثبت بشهادة النساء مع الرجال ، ولا بالشهادة على الشهادة[٤] .

وعند محمد : يؤخذ[٥] فيه الكفيل[٦] ، وتقبل فيه[٧] الشهادة على الشهادة[٨] ، وشهادة النساء مع الرجال - وروى عنه أنها تقبل[٩] فى حق الحبس أياما ، ثم يخرج ، ولا تقبل فى حق الضرب[١٠] .

---

(١) فى ح : « ولا يأخذ » .

(٢) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « منه » .

(٣) فى ا و ب و ح : « الكفيل » .

(٤) « ولا يثبت ... على الشهادة » ليست فى ب . وراجع فيما تقدم ص ٢١٧ .

(٥) فى ح : « يأخذ » .

(٦) « وعند محمد .. الكفيل » ليست فى ب . راجع الهامش السابق .

(٧) « فيه » من ا و ب و ح .

(٨) « على الشهادة » ليست فى ا .

(٩) فى ا و ب و ح : « لا تقبل » .

(١٠) زاد فى ب : « والله تعالى أعلم » .

كتاب

السرقة

قال رحمه الله[1] :

جمع فى الكتاب[2] بين السرقة ، وقطع الطريق ، وتفسير البغاة ، وأحكامهم .

أما الأول ـ فنقول[3] :

يحتاج إلى :

تفسير السرقة ، الموجبة للقطع ، فى الشرع .

وإلى بيان[4] حكمها .

أما الأول :

فهو أَخذ مال الغير[5] ، على سبيل الخُفية ، مع شرائطها :

منها ـ أَن يكون السارق عاقلا ، بالغا .

---

(١) « رحمه الله » من ا و حـ . و« قال رحمه الله » ليست في ب .

(٢) جمع محمد في الجامع الصغير في كتاب السرقة بين السرقة وبين قطع الطريق (ص ٧٠ ـ ٧٢). وكذا السرخسي في المبسوط (٩ : ١٣٣ ـ ٢٠٥) مما قد يدل على أن محمدا فعل ذلك أيضا في غير الجامع الصغير وقد فعل ذلك أيضا القدوري في مختصره (راجع شرح الميداني عليه ، ٣ : ٥١ ـ ٥٩). فلعله إذن يريد محمدا أو القدوري فى مختصره ولكننا نرجح أنه يريد محمدا كما نرجح أنه يريد بالكتاب « كتاب السرقة » ـ راجع فيما تقدم الهامش ١ و ٢ ص ٢١١ .

(٣) « جمع فى الكتاب .. أما الأول فنقول » من ا و ب و حـ . ففى الأصل : « قال : يحتاج إلى ... » .

(٤) « بيان » ليست فى ا و حـ .

(٥) كذا فى ا و حـ . وفى الأصل و ب : « المال على سبيل ... » . فليس فيهما : « الغير » .

ومنها — أن يكون المسروق مالا ، متقوما — حتى لو سرق الخمر ، و[1] الخنزير ، و[2] جلد الميتة : فإنه لا قطع عليه[3] .

ولو[4] سرق حرا ، صغيرا ، فمات في يده أو مرض — فلا[5] شيء عليه .

ولو أصابته آفة[6] : من الوقوع في البئر[7] أو افتراس السبع — يضمن ، لأنه تضييع[8] له .

ومنها — أن يكون المال المسروق مقدرا ، عندنا[9] ، بعشرة دراهم .

وعند مالك بثلاثين[10] درهما . وعند الشافعي بربع[11] دينار .

وتكلم العلماء في صفة الدراهم العشرة :

ذكر أبو الحسن الكرخي أنه يعتبر عشرة دراهم مضروبة . وكذا روى عن أبي يوسف ومحمد : أنه لا يقطع في عشرة دراهم تبرا ، ما لم تكن مضروبة .

---

(١) في ا و حـ : « أو » .

(٢) في ا : « أو » .

(٣) في ا : « لا يقطع » .

(٤) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « قال : واو » .

(٥) الفاء من ا و حـ .

(٦) « آفة » ساقطة من ا و حـ .

(٧) « في البئر » ليست في حـ .

(٨) كذا قرأناها في الأصل و ب و حـ وفيها تصحيف ولعلها « بصنيع له » . وفي ا كذا : « لأنه بصنعه » .

(٩) « عندنا » ليست في ا .

(١٠) في ب كذا : « بثلاثة درهما » .

(١١) الباء الأولى من ا و ب و حـ وفيها كذا : « مقدر بربع دينار » .

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه إذا سرق[١] عشرة مما يروج[٢] بين الناس : قطع - فهذا يدل على أن التبر إذا كان رائجا ، يقطع فيه[٣] .

ويجب أن يكون وزن[٤] الدراهم[٥] العشرة[٦] وزن سبعة مثاقيل[٧] ، كما في نصاب الزكاة[٨] .

ويجب أن يكون قيمة المسروق عشرة ، من وقت السرقة ، إلى وقت القطع ، ولا ينتقص[٩] من حيث السعر .

وروى عن[١٠] محمد أنه لا يعتبر نقصان السعر ، بعد الأخذ .

ولو سرق[١١] في بلد[١٢] ، وأخذ في بلد أخرى[١٣] ، لا يقطع ، مالم تكن القيمة ، في البلدين ، عشرة .

فأما نقصان القيمة ، بانتقاص[١٤] العين بعد الأخذ ، فلا عبرة به ،

---

(١) « سرق » ليست في ا .
(٢) في ا : « عشرة تروج » . وفي حـ : « عشرة ماتروج » .
(٣) « فيه » ليست في ا .
(٤) « وزن » ليست في ا و ب و حـ .
(٥) « الدراهم » ليست في ب .
(٦) « العشرة » من ا .
(٧) « مثاقيل » من ا .
(٨) « ويجب ... الزكاة » كررت في ب . راجع حـ ا ص ٤١٣ .
(٩) في حـ : « ولا تنقص » . وفي ب : « ولا ينقص » . وانتقص ذهب منه شيء بعد تمامه (المصباح) .
(١٠) في ا و ب و جـ : « وعن »
(١١) في ا و حـ : « ولو أخذ » .
(١٢) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « في بلد واحد » ولعل كلمة « واحد » هذه تصحيف لكلمة « وأخذ » . وبذلك تكون هذه الكلمة قد كررت .
(١٣) في ا و ب و حـ : « آخر » . و « بلد » يذكر ويؤنث (المصباح) .
(١٤) في ا و حـ : « بانتقاض » .

فيقطع ، لأنه لو هلك كله لقطع[١] ، فكذا[٢] إذا انتقص .

وهذا الذى ذكرنا شرط فى سرقة عشرة من حرز واحد : فإن أخذ عشرة ، من حرز واحـد ، يقطع ، سواء[٣] كانت العشرة لواحد أو لجماعة ، لأنها سرقة واحدة ، من حرز واحد .

ولو أَخرج عشرة لرجل : بعضها من دار ، وبعضها من دار أخرى - لا يجب القطع[٤] ، لأنه[٥] سرقتان بلا نصاب .

ولو أخرج من دار واحدة ، عشرة : مرة خمسة ، ومرة خمسة[٦] : لا يقطع ، مالم يوجد إخراج العشرة جملة : مرة واحدة .

ولو حمل اللصوص جملة متاعا من الحرز ، دفعة[٧] واحدة : فإن بلغ قيمة المتاع مقدار ما تكون[٨] حصة كل واحد منهم نصابا كاملا[٩] ، يجب القطع ، وإلا فلا .

---

(١) فى ا و ب و حـ : « يقطع » .

(٢) فى ب : « وكذا » .

(٣) فى ا و حـ : « هذا الذى ذكرنا شرط فى السرقة الواحدة بأن أخذ عشرة من حرز واحد سواء ... الخ » . وفي ب مثل ما فيها ، إلا أن فيها « في سرقة واحدة » بدلا من « في السرقة الواحدة » .

(٤) « القطع » من ا و ب و حـ .

(٥) يشبه أن يكون كذلك فى الأصل . وفى ا و ب و ج : « لأنها » .

(٦) فى ا : « عشرة مرتين : مرة خمسة ،وخمسة مرة أخرى » . وفى ب : « عشرة : مرة خمسة، ومرة أخرى خمسة » . وفى حـ : « عشرة : مرة خمسة ،مرة خمسة » .

(٧) « دفعة » كررت فى ب .

(٨) فى ب : « ما يكون المتاع » . وفى ا و حـ : « ما يكون » . وفى الأصل كذا : « ما تكون » دون نقط .

(٩) في حـ كذا : « لا كاملا » .

ومنها ـ أن يكون المال المسروق[١]، محفوظا، محرزا على الكمال.
وإنما يكون محرزا بأحد أمرين[٢]: إما أن يكون فى مكان معد[٣] للإحراز. عادة، كالدور، والبيوت[٤]، والحوانيت، والصناديق. وإما أن يكون محرزا بالحافظ.

وفى[٥] القسم الأول ـ يكون المكان حرزا، بنفسه، سواء كان ثمة حافظ أو لا، وذلك أن يكون فى الأمصار، و[٦] القرى، و[٧] الخيام، والأخبية[٨]، فى المفاوز مع جماعة ممتنعة، إلا إذا كان الباب مفتوحا، فى الليل والنهار، وليس ثمة حافظ، فهذا لا يكون حرزا فى العادة.

وأما القسم الثانى ـ <ف> أن لا يكون المكان حرزا بنفسه، وإنما يكون حرزا بالحافظ ـ وذلك[٩] نحو قارعة الطريق، والمفازة[١٠]، والمساجد ـ فإن كان ثمة حافظ قريب[١١] من المال، يكون حرزا[١٢]، سواء كان نائما أو يقظانا.

---

(١) « المسروق » ليست فى ب.
(٢) فى حـ: « الأمرين ».
(٣) فى ا و حـ: « معدا ».
(٤) « والبيوت » ليست في ا و حـ.
(٥) فى ا و حـ: « نفى ».
(٦) و(٧) في ا و حـ: « أو ».
(٨) في حـ: « أو الأخبية ». والخباء الخيمة من الصوف (المغرب).
(٩) فى ا: « وكذلك ».
(١٠) فى ب: « والمفاوز ».
(١١) فى ا و ب و حـ: « قريبا ».
(١٢) فى ب: « محرزا ».

ولو كان العِدْل[١] والجوالق[٢] على الدابة فى حال[٣] السير ، فسرق رجل من العدل - يقطع . ولو سرق العدل نفسه[٤] ، والجوالق : لا يقطع ، لأن هذا[٥] غير محفوظ بالسائق .

ولو دخل السارق الحرز ، وأخذ منه[٦] متاعا ، فقبل أن يخرجه ، علم به[٧] صاحب الحرز ، فأخذه[٨] - لا يقطع ، لأنه لم يوجد منه الإخراج من الحرز .

ولو أخذ <ه> السارق ورمى به إلى خارج الحرز[٩]، فأخذه[١٠] صاحبه، ثم إن صاحب الحرز أخذ السارق من[١١] الحرز - لا يقطع[١٢]، لأنه لم تثبت يده عليه[١٣] ، عند الخروج ، لثبوت يد غيره .

---

(١) العِدْل الغرارة أى الجوالق (المنجد) . وانظر الهامش التالى .

(٢) فى حـ : « والجواليق » . وفى المغرب : الجَوالق بالفتح جمع جُوالق بالضم والجواليق بزيادة الياء تسامح .

(٣) « حال » من ا و ب و حـ .

(٤) كذا فى ب . وفى الأصل : « بنفسه » . وفى ا و حـ : « بعينه » .

(٥) « هذا » ساقطة من ا .

(٦) « منه » من ا و ب و حـ .

(٧) « به » من ا و حـ .

(٨) « فأخذه » ساقطة من حـ . وانظر الهامش التالى .

(٩) « فأخذه لا يقطع لأنه ... خارج الحرز » ساقطة من ب .

(١٠) الهاء من ا و ب و حـ .

(١١) فى ا و ب و حـ : « فى » .

(١٢) فى ب : « لا قطع عليه » . وفى حـ و ا : « لم يقطع » .

(١٣) « عليه » ليست فى ب . وفى ا و حـ : « لم تثبت يده عند الخروج على المسروق لثبوت يد غيره » .

ولو رماه[١] من الحرز ، ثم خرج ، وأخذه[٢] : يجب القطع[٣] ، عندنا ، خلافا لزفر ، لأن هذا فى حكم يده ، إذا لم يأخذه[٤] غيره .

ولو أخذ المتاع من الحرز ، وناول صاحبا له خارج الحرز : فلا قطع عليهما ، عند أبى حنيفة ، كيفما كان . وقال محمد : إن أخرج الداخل يده من الحرز ، وناول الخارج : يقطع الداخل ، دون الخارج ؛ وإن أدخل[٥] الخارج يده فى الحرز ، وأخذ : فلا قطع عليهما .

وقال أبو يوسف : إذا أخرج الداخل يده : لاقطع عليه ، فأما الخارج إذا أدخل[٦] يده وأخذ منه : يجب القطع عليهما — لأن عنده[٧] دخول[٨] الحرز ليس بشرط ، إذا أمكن السارق[٩] أخذ المال المحرز .

وعلى هذا : إن[١٠] السارق إذا نقب الجدار ، وأدخل يده ، وأخذ متاعا يساوى[١١] عشرة دراهم[١٢] : لا قطع عليه عند أبى حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : يقطع .

---

(١) فى ا و ح : « رمى » .
(٢) فى ب : « وأخذ » . وانظر الهامش التالى .
(٣) فى ا و ح : « ثم خرج فأخذه قطع » .
(٤) فى ح : « لم يأخذ » .
(٥) و (٦) فى ح : « دخل » .
(٧) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « عليهما وعنده » .
(٨) « دخول » ليست فى ح و ا .
(٩) فى ا : « للسارق » .
(١٠) « ان » ليست فى ا و ح .
(١١) فى ب : « يساوى قيمته » .
(١٢) « دراهم » من ا و ب و ح .

وكذا لو دخل الحرز ، وجمع المتاع عند النقب ، ثم خرج ، وأدخل يده ، وأخرج - فهو على هذا الخلاف[1] .

وكذا لو دخلوا الحرز[2] ، وحملوا الأمتعة[3] على ظهر رجل منهم أو رجلين حتى أخرجا[4] < الأمتعة > ، وخرج الباقون من غير حمل[5] شيء : القياس أن لا يقطع غير الحامل ، وفي الاستحسان : يقطعون ، لأن السرقة من الجماعة هكذا تكون عادة .

وكذا لو حملوا على دابة ، حتى خرجت بها[6] من الحرز - يجب القطع .

وإن كان معهم صبي أو مجنون : لا قطع على الكل عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : إن باشرا الإخراج[7] ، دون الكبار العاقلين[8] : لا قطع على الكل ، وإن باشر الإخراج غيرهما[9] : يجب القطع على الكبار .

---

(١) في ا و ب : « الاختلاف » . و « وكذا ... الخلاف » ساقطة من ح .

(٢) في ا : « ولو دخل الحرز جماعة » . وفي ح : « وكذلك لو دخل الحرز جماعة » . وفي ب : « ولو دخلوا الحرز » .

(٣) في ا و ح : « المتاع » .

(٤) في ا و ح : « أخرجوا » .

(٥) « حمل » ليست في ح .

(٦) في ب : « خرجوا به » .

(٧) في ب : « إن باشر الإخراج » وفي ا و ح : « لأن باشر الإخراج الصغار » .

(٨) في ا و ح : « الكبار البالغين » .

(٩) في ح : « غيرها » .

ومنها - أن يكون المسروق أعيانا ، قابلة للادخار[١] والإمساك ، ولا يتسارع إليها الفساد[٢] - حتى لو سرق ثمارا مجدودة[٣] ، محرزة في[٤] حظيرة[٥] عليها باب مغلق[٦] ، أو كان ثمة حافظ ، ولكن يتسارع إليها[٧] الفساد ، نحو العنب والتين[٨] ، والسفرجل ، والرطب[٩] ، والبقول : لا يقطع[١٠] .

ولو كانت مما يبقى ، مثل[١١] الجوز ، والاوز ، والتمر اليابس[١٢] ، والفواكه اليابسة : يجب القطع .

ولو كانت الثمرة الباقية على الشجر ، والحنطة في السنبلة ، لم[١٣]

---

(١) في ح : « الادخار » .

(٢) في ح : « الفاسد » .

(٣) في ب : « مجذوذة » - وكلاهما صحيح لغة من جد و جذ بمعنى قطع (المصباح) .

(٤) في ب : « من » .

(٥) في ا و ح هكذا : « حضيرة » . وفي المصباح : « وحضيرة التمر الجرين » . وفي المنجد : « الحضيرة ... موضع التمر » .

(٦) في ا و ب و ح : « مقفل » .

(٧) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « ... حافظ فإنه يقطع وما يتسارع إليه » .

(٨) « والتين » من ا و ح .

(٩) في ا و ب و ح : « والرطاب » . والرَّطب الشيء الرَّخص أي اللين والرِّطاب جمع رَطْبَة وهي الشيء المبتل أو الرخص اللين (راجع المصباح) .

(١٠) في ا و ب و ح : « لا يجب القطع » .

(١١) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « من » .

(١٢) في ا و ح : « والثمرة اليابسة » .

(١٣) كذا في ب - وتشبه أن تكون كذلك في الأصل .

تحصد[1] - فى حائط موثق ، أو ثمة حافظ[2] : لا يجب القطع[3] ، لأنه لم تستحكم ماليته بعد[4].

وعلى هذا - لو سرق اللحم[5] الطري، أو اليابس: لا يجب القطع[6]، لأنه مما يتسارع إليه الفساد.

وعلى هذا : النبيذ الحلال، والعصير، واللبن، بخلاف الخل والدِّبس[7].

ومنها - أن لا يكون المسروق شيئا[8] يوجد[9] مباح الأصل، كالطيور والخشب والقصب[10] والنُّورة[11] واللبن[12]، إلا إذا كان

---

(١) فى الأصل و ب : « يحصد » - وانظر الهامش التالى .

(٢) « ولو كانت الثمرة ... حافظ » ليست فى ا و حـ . وفيهما : « ولو كانت بحافظ » . والظاهر أن هناك سقطا وتحريفا فى كلمة « حافظ » .

(٣) فى ا و حـ : « لا يجب القطع بسرقته ، لا يجب عليه القطع » .

(٤) فى الكاسانى (٧ : ٦٩ : ١٠) : « ولو سرق تمرا من نخل أو شجر آخر معلقا فيه : فلا قطع عليه ، ولئن كان عليه حائط استوثقوا منه وأحرزوه أو هناك حائط ، لأن ما على رأس النخل لا يعد مالا ، ولأنه مادام على رأس الشجر لا يستحكم جفافه فيتسارع إليه الفساد » .

(٥) فى ب : « وعلى هذا النسق : اللحم » .

(٦) « القطع » ليست فى ب . وفى ا و حـ : « لا يجب عليه القطع » .

(٧) الدبس عصارة الرطب (المصباح) .

(٨) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « أن يكون المسروق أن لا يكون شيئا » .

(٩) فى ب و حـ : « يؤخذ » .

(١٠) « والقصب » من ا و ب و حـ .

(١١) النُّورة حجر الكِلْس ثم غلبت على أخلاط تضاف إلى الكِلْس من زرنيخ وغيره وتستعمل لإزالة الشعر . والكِلْس ما يقوم به الحجر والرخام ونحوهما ويتخذ منها بإحراقها (المنجد والمصباح) وتقدمت فى الهامش ١٠ ص ٨٠ حـ ا .

(١٢) فى ا : « واللبن حتى لا قطع عليه فيه » . وفى حـ : « واللبن حتى سرق لا قطع عليه فيه » . وفى ب : « واللبن حتى لا قطع فيه » .

شيئا[١] له خطر عند الناس ، كالذهب والفضة واللعل[٢] والفيروزج والساج والعاج[٣] ونحوها ، أو[٤] يحدث فيه صنع[٥] كالسرير ونحوه.

ومنها ـ أن لا يكون[٦] مأذونا بالدخول فى الحرز ، أو فيه شبهة الإذن ، كالسرقة من ذوى[٧] الرحم المحرم.

وكذلك عبد الرجل[٨] ، و[٩] مدبره ، ومكاتبه ، وخادمه[١٠] ، وخادم امرأته ، وأجيرهما[١١] ، وضيفهما[١٢] ، ونحو ذلك.

وكذلك لو سرق العبد من ابن مولاه ، و[١٣] أبويه ـ لأنه يدخل عليهم ، عادة.

وإن سرق من غريمه : < ف > إن كان من جنس دينه ، وهو حال : لا يقطع[١٤]. وإن كان الدين مؤجلا : لا يقطع ، استحسانا. وإن كان

---

(١) « شيئا » من ا و ب و ح.

(٢) اللعل حجر كريم والكلمة من الدخيل (المنجد) ـ وليست فى ا

(٣) فى ب :« والساج » أيضا.

(٤) « أو » ليست فى ا.

(٥) فى ا و ح :« تحدث فيه صنعة ». وفى ب :« يحدث فيه صنعة ».

(٦) فى ا و ح :« ومنها إذا كان ». وفى ب :« ومنها أنه إذا كان ».

(٧) فى ا و ح :« من ذى ».

(٨) فى ا :« وكذلك من عبده ».

(٩) فى ب :« أو ».

(١٠) « وخادمه » ليست فى ب.

(١١) فى ب و ح : « وأجيرهما مشاهرة ». وفى ا : « أو أجيره ».

(١٢) فى الأصل كذا : « ووضيفهما ». وفى ا : « أو ضيفه ». وفى ب و ح : « أو ضيفهما ».

(١٣) فى ا :« أو من أبويه ».

(١٤) « وإن سرق من غريمه ... لا يقطع » ليست فى ا و ح.

المسروق أكثر من الدين، وتلك الزيادة تكون[1] نصابا : فكذلك[2]، لأن حقه ثابت فى الجملة شائعا[3] .

وإن كان من خلاف جنسه : يقطع ـ خلافا للشافعى[4] . وبعض أصحابنا قالوا : لا يقطع ، لاختلاف العلماء فيه من السلف .

ومنها[5] ـ أن لا يكون المسروق شيئا[6] له تأويل الأخذ[7] أو[8] الإتلاف ، كما إذا سرق مصحفا ، أو صليبا ، أو نردا أو شطرنجا من ذهب أو فضة .

ومنها ـ أن لا يكون[9] النصاب تبعا لما لا يقطع بسرقته[10]، كما إذا

---

(١) فى ا و حـ : « يبلغ » .

(٢) « فكذلك » من ا و ب و حـ .

(٣) « شائعا » من ا و ب و حـ .

(٤) « خلافا للشافعى » من ا و حـ . وانظر الهامش التالى ـ وفى المهذب (٢ : ٢٨٢) : « وإن كان له على رجل دين، فسرق من ماله ـ فإن كان جاحدا له أو مماطلا له : لم يقطع ، لأن له أن يتوصل إلى أخذه بدينه . وإن كان مقرا مليا : قطع ، لأنه لا شبهة له فى سرقته . وإن غصب مالا، فأحرزه فى بيت، فنقب المغصوب منه البيت، وسرق مع ماله نصابا من مال الغاصب : ففيه ثلاثة أوجه : أحدها ـ أنه لا يقطع ، لأنه هتك حرزا كان له هتكه لأخذ ماله. والثانى : أنه يقطع لأنه لما سرق مال الغاصب علم أنه قصد سرقة مال الغاصب . والثالث : أنه إن كان ما سرقه متميزا عن ماله : قطع ، لأنه لا شبهة له فى سرقته ، وإن كان مختلطا بماله : لم يقطع ، لأنه لا يتميز ما يجب فيه القطع مما لا يجب فيه ، فلم يقطع » .

(٥) « من خلاف جنسه ... ومنها » ليست فى ب .

(٦) فى ا و ب و حـ : « إذا سرق شيئا ... الخ » .

(٧) فى ا : « للأخذ » .

(٨) فى ا و ب و حـ : « و » .

(٩) فى ا و ب و حـ : « أن يكون » .

(١٠) فى ب : « لسرقته » .

سرق كلبا أو سنورا وفى عنقه[١] طوق ذهب أو فضة[٢] ، أو مصحفا مرصعا بالذهب والياقوت ، أو سرق[٣] صبيا حرا عليه حلى أو[٤] ثياب ديباج - لا يجب القطع[٥] .

وكذلك لو سرق إناء فضة فيه طعام ، وأخرجه من الحرز : كذلك لا يجب القطع[٦] . ولو صب الطعام ، وأخرج الإناء : يقطع .

ومنها - شرط[٧] ظهور السرقة ، الموجبة[٨] للقطع[٩] ، عند القاضى ، وهو خصومة المسروق منه - حتى لو شهدوا على السرقة من غير خصومة ، أو أقر السارق : فإن القاضى لا يقطع .

ولو جاء السارق ثانيا إلى المالك ، ورد المال إليه ، قبل المرافعة إلى الحاكم : سقط الحد ، فى[١٠] المشهور[١١] ، عندنا .

وأما إذا ردها بعد المرافعة ، وسماع البينة : لا يسقط القطع ، سواء كان قبل القضاء أو بعده .

---

(١) فى ا و ب و حـ : « أو سنورا فى عنقه » .

(٢) « أو فضة » من ا .

(٣) « سرق » ليست فى ا .

(٤) فى ا و حـ : « و » .

(٥) و(٦) فى ا : « لا يقطع » .

(٧) فى ب : « شرائط » .

(٨) فى ب : « موجبة » .

(٩) فى حـ : « للقاطع » .

(١٠) « فى » ساقطة من حـ .

(١١) فى ا : « فى المشهود » .

وأما إذا وهبها من السارق ، أو ملكها السارق ، بوجه ما[١] : سقط القطع[٢] ، قبل القضاء ، وبعده — عندنا ، خلافا للشافعى .

ثم الشرط خصومة المسروق منه، بأن كان صاحب ملك ، أو صاحب يد أمانة ، أو يد ضمان ، ويثبت[٣] السرقة في حق الاسترداد ، أما فى حق القطع ، فعندنا : كذلك — وعند زفر : لا يثبت . والشافعى يقول: لا يعتبر خصومة غير[٤] المالك أصلا[٥] .

وأما السارق من السارق ، فإن خصومته لا تعتبر ، فى حق القطع ، بالإجماع . وهل تعتبر فى حق[٦] الاسترداد ؟ فيه روايتان .

وإنما تعتبر الخصومة[٧] إذا لم يتقادم العهد. فأما إذا تقادم عهد السرقة، فلا[٨] يسمع الخصومة ، كما فى حد الزنا ، على ما ذكرنا .

. . .

---

(١) فى ا و ب و حـ : « بوجه من الوجوه » .

(٢) « القطع » ليست فى ب .

(٣) فى ا و حـ : « وتثبت » .

(٤) فى ا تحريف ففيها : « عين » .

(٥) « أصلا » ليست فى ب .

(٦) « فى حق » من ا و ب و حـ .

(٧) في ب : « البينة » . وفى ا و حـ : « الخصومة والبينة » .

(٨) الفاء من حـ و ا .

وأما قطاع الطريق والبغاة [١] ـ فنقول :

إن قطاع الطريق ، الذين لهم أحكام مخصوصة ، لهم [٢] شرائط :

أحدها ـ أن يكون لهم منعة [٣] وشوكة ، بحيث لا تمكن المارة [٤] المقاومة معهم ، وقطعوا [٥] الطريق عليهم ، سواء كان بالسلاح ، أو بالعصا الكبيرة ، و [٦] الحجر ، وغيرها [٧] .

والثاني ـ أن يكون ذلك خارج المصر ، بعيدا عنه [٨] . فأما في المصر و [٩] قريبا منه ، أو بين مصرين [١٠] : فلا يكون [١١] قطع الطريق ـ وهو [١٢] قول أبي حنيفة ومحمد ، خلافا لأبي يوسف .

---

(١) في ح : « الطريق البغاة » . وانظر أيضاً فيما بعد من هذا الجزء : « باب أحكام البغاة » في « كتاب السير » .

(٢) في الأصل : « فانهم » . وفي ا و ح : « لأن لقطاع الطريق أحكاما مخصوصة ولهم شرائط » . وفي ب : « قطاع الطريق الذين لهم أحكام مخصوصة ولهم شرائط » .

(٣) في ا و ح : « قوة » ـ يقال : فلان في عز ومنعة أي يمتنع على من قصده من الأعداء (المغرب) .

(٤) في ح : « المارة » .

(٥) في ا و ح : « ويقطعوا » .

(٦) في ا و ح : « أو » .

(٧) في ب : « وغيرهما » .

(٨) في ا و ب و ح : « خارج الأمصار بعيدا عنها » .

(٩) في ا و ب : « أو » .

(١٠) « أو بين مصرين » ليست في ا و ح .

(١١) في ح : « فلا يمكن » .

(١٢) في ا و ح : « وهذا » .

والثالث - أن يكون ذلك[١] فى دار الإسلام ، على أهل دار الإسلام[٢] .

والرابع - أن يوجد فيه[٣] ، جميع ماشرط فى السرقة الصغرى[٤] ، حتى إن ما أخذوا[٥] لو قسم على القطاع ، فأصاب[٦] كل واحد منهم[٧] عشرة دراهم - يجب القطع ، وإلا فلا .

ويشترط أن يكون القطاع ، كلهم ، أجانب ، فى حق أصحاب الأموال ، وأن يكون كلهم[٨] من أهل وجوب القطع ، حتى[٩] إذا كان أحدهم ذا رحم محرم ، أو صبيا ، أو مجنونا : لا يجب عليهم القطع عند أبى حنيفة ومحمد ، خلافا لأبى يوسف[١٠] . وإذا كان معهم امرأة : ففيه

---

(١) « ذلك » ليست فى ا و حـ .

(٢) « على... الإسلام » ليست فى ب .

(٣) « فيه » ليست فى ا و ب و حـ .

(٤) قال الزيلعى فى التبيين (٣ : ٢١٢) : « وهى نوعان : سرقة صغرى وكبرى . فالصغرى يسارق فيها عين المالك أو من يقوم مقامه فى الحفظ وشرطها أن تكون خفية على زعم السارق ... والكبرى يسارق فيها عين الإمام أو من يقوم مقامه فى الآفاق لأنه هو المتصدى لحفظ الطرق » - فالسرقة الصغرى هي السرقة العادية المعروفة وهى أخذ مال الغير خفية . والسرقة الكبرى هى قطع الطريق - وراجع الشلبي على الزيلعي ، ٣ : ٢٣٥ .

(٥) كذا فى ب . وفي الأصل : « ما أخذوها » . وفى ا و حـ : « حتى لو قسم ما أخذوها على القطاع » .

(٦) فى ا و ب و حـ : « أصاب » .

(٧) « منهم » من ا و حـ .

(٨) « وأن يكون كلهم » ليست فى ا و ب و حـ .

(٩) « حتى » ليست فى ا و حـ .

(١٠) راجع فيما تقدم ص ٢٤٠ .

روايتان ، والأصح أنه لا يقطع[١] .

والخامس - أن يظفر بهم الإمام ، قبل التوبة ، ورد الأموال[٢] إلى أربابها .

أما أحكامهم - فنقول :

إن قطع الطريق على أربعة أنواع :

— إن أخذوا[٣] المال لا غير : تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف ، إذا كانوا صحيحي[٤] الأطراف .

— وإن قتلوا ، ولم يأخذوا المال[٥] : قتلوا .

(١) أى لا يقطع أحد . وفى ب : « أنها لا تقطع » - وظاهر أن المعنى مختلف ، وأنه لو قال فى الأصل و ا و حـ (وهو ما فى المتن) : « لا تقطع » (أى بالتاء لا بالياء) لكان معنى ما فى النسخ جميعا واحدا . وفى السرخسى (المبسوط ، ٩ : ١٩٧ - ١٩٨) أنه فى ظاهر الرواية ، وهو اختيار الطحاوى ، أن المرأة كالرجل فى قطع الطريق كما فى سائر الحدود . وذكر الكرخى أن حد قطع الطريق لا يجب على النساء . وذكر هشام فى نوادره عن أبى يوسف أنه إذا قطع قوم من الرجال الطريق وفيهم امرأة فباشرت المرأة القتل وأخذت المال دون الرجال فإنه يقام الحد عليهم ولا يقام عليها . وقال محمد : يقام عليها ولا يقام عليهم . وذكر ابن سماعة عن محمد عن أبى حنيفة أنه يدرأ عنهم جميعا لكون المرأة فيهم وجعل المرأة فيهم كالصبى .

وفى الكاسانى (البدائع ٧ : ٩١) أنه « لو كانت فى القطاع امرأة فوليت القتال وأخذ المال دون الرجال : لا يقام الحد عليها فى الرواية المشهورة . وذكر الطحاوى رحمه الله وقال : النساء والرجال فى قطع الطريق سواء وعلى قياس قوله تعالى : يقام الحد عليها وعلى الرجال ... وأما الرجال الذين معها فلا يقام عليهم الحد فى قول أبى حنيفة ومحمد سواء باشروا معها أو لم يباشروا - فرق أبو يوسف بين الصبى وبين المرأة حيث قال : إذا باشر الصبى : لا حد على من لم يباشر من العقلاء البالغين ، وإذا باشرت المرأة : تحد الرجال » - وراجع فيما تقدم ص ٢٤٠ وص ٢٤٨ .

(٢) كذا فى ب . وفى الأصل : « المال » . وفى ا و حـ : « .. المال إلى أربابه » .

(٣) فى ب : « أن يأخذوا » .

(٤) فى ا و حـ هكذا : « صحيحين » .

(٥) « لا غير ، تقطع ... المال » ساقطة من ب .

ـــ وإن أخذوا المال ، وقتلوا[١] : فالإمام بالخيار : إن شاء قطع وقتل ، وإن شاء قتل لا غير[٢] ـ ثم هو مخير بين أن يقتله صلبا[٣] ، وبين أن يقتله بلا صلب .

ثم الكرخي يقول : يصلب حيا ، ثم يقتل . والطحاوي يقول : يصلب مقتولا .

ـــ وإن خوفوا[٤] بقطع الطريق لا غير[٥] : يحبسون ، ويعزرون[٦] ، حتى يتوبوا ـ وهو تفسير النفي لقوله[٧] تعالى : « أو ينفوا من الأرض »[٨] .

. . .

ثم إذا أقيم الحدان[٩] : القطع ، والقتل ـ فلا شيء عليهم من ضمان ما هلك من الأموال ، وضمان الجراحات والقتل ، لأن الحد مع الضمان لا يجتمعان[١٠] .

. . .

وأما إذا فات شيء من الشرائط ، حتى لا يقام الحد عليهم[١١] ، فإنه يحكم

---

(١) في ا و حـ : « وإن قتلوا وأخذوا المال » .

(٢) العبارة في ب : « إن شاء قتلهم لا غير ، وإن شاء قطع وقتل » .

(٣) « صلبا » ليست في ب .

(٤) في ا و حـ : « فإن أخافوا » .

(٥) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل تشبه : « لا غيره » .

(٦) راجع فيما تقدم في التعزير ص ٢٣١ ـ ٢٣٢ .

(٧) في ب : « في قوله » .

(٨) المائدة : ٣٣ ـ وهي والتي بعدها : « إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم . إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم » .

(٩) في ا و حـ : « الحد من » . وفي ب : « الحد في » .

(١٠) في ا و حـ : « لا يجتمع » .

(١١) في ا و ب و حـ : « لا يقام عليه الحد » .

القاضي بما هو حكم ذلك الفعل[١] ، بدون قطع الطريق ، حتى[٢] إذا أخذوا المال لا غير : يجب الرد أو[٣] الضمان ، فإن قتلوا لا غير : يجب القصاص لا الحد[٤] ـ حتى إذا قتلوا بالسلاح ، يقتلوا ، ولا يقتلوا إذا قتلوا[٥] بغير السلاح .

ولا يقتل الرِّدء[٦] و[٧] المُعين .

وإن خرجوا ـ إن أمكن استيفاء القصاص : يقتص منهم ، وإلا فيجب الضمان .

. . .

وأما البغاة[٨] :

فقوم[٩] لهم شوكة ومنعة ، وخالفوا المسلمين في بعض[١٠] الأحكام ، بالتأويل ، كالخوارج وغيرهم ، وظهروا[١١] على بلدة من البلاد ، و[١٢] كانوا في عسكر ، وأجروا أحكامهم .

(١) في ا : « فإن القاضي يحكم بما وهو حكم ذلك للفعل » .
(٢) « حتى » ليست في ب .
(٣) في ا و ﺣ : « و » .
(٤) كذا في ا و ﺣ . وفي الأصل و ن : « لاحد »
(٥) كذا في ا . وفي ﺣ : « يقتل ولا يقتل إذا قتل » . وفي ب : « يقتل إذا قتلوا » . وفي الأصل : « يقتل ولا يقتل إذا قتلوا » .
(٦) الرِّدء المعين من ردأه أعانه (المغرب) .
(٧) قد تكون « أو » إذ هي مكتوبة في الأصل و ﺣ كذا : « الرد أو المعين » وفي ا : « الرداء والمعين » . وفي ب : « الرد والمعين » .
(٨) انظر فيما بعد في هذا الجزء : « باب أحكام البغاة » في « كتاب السير » .
(٩) الفاء من ا و ﺣ .
(١٠) في ب : « وخالفوا المسلم في بعض » . وفي ا و ﺣ : « يخالفون المسلمين من بعض » .
(١١) في ا و ﺣ : « فظهروا » .
(١٢) في ا و ب و ﺣ : « أو » .

فإذا قطعوا الطريق على أهل العدل، من المسافرين ـ فلا يجب عليهم الحد، لأنهم يدعون إباحة أموالهم عن تأويل، و[١] لهم منعة.

ولو جاء رجل من أهل البغى تائبا، وأتى بسارق ـ قد[٢] سرق ماله ـ من أهل البغى: لا يقطعه[٣] الإمام العدل[٤].

ولو كان رجل منهم فى دار أهل العدل، فسرق مال أهل العدل[٥]: يقطع، وإن استحله، لأنه لا منعة له[٦] ـ والله تعالى أعلم[٧].

---

(١) «و» ليست فى ا و حـ.

(٢) كذا فى ا و ب و حـ. وفى الأصل: «وقد».

(٣) الهاء من ا و حـ.

(٤) فى ا و ب و حـ: «إمام العدل».

(٥) «فسرق ... العدل» ليست فى ا و حـ.

(٦) فى ا: «وإن استحل لأن المنعة لهم». وفى ب: «وإن استحل لأنه لا منفعة له» وفى حـ: «وإن استحل لأن المنفعة لهم».

(٧) انظر فيما بعد فى هذا الجزء: «باب أحكام البغاة» فى «كتاب السير».

كتاب

الهبة

يحتاج[١] إلى :

بيان[٢] مشروعية < عقد > الهبة ،

وإلى بيان ركنه ،

وإلى بيان[٣] شرائط صحته ،

وإلى بيان حكمه[٤] .

أما الأول - فنقول :

الهبة عقد ، مشروع ، مندوب إليه ، بالكتاب ، والسنة ، والإجماع[٥] .

أما الكتاب - فقوله[٦] تعالى : « فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا . فكلوه هنيئا مريئا »[٧] .

وأما السنة - فقوله عليه السلام[٨] : « تهادوا تحابوا » . وقال عليه السلام :

---

(١) فى ا و حـ : « قال رحمه الله : يحتاج » .

(٢) و (٣) « بيان » و « إلى بيان » من ا و حـ .

(٤) كذا في ا و حـ . وفى الأصل و ب : « الحكم » .

(٥) فى ا و ب و حـ : « وإجماع الأمة » .

(٦) هكذا فى ا و حـ . وفى الأصل و ب : « قال الله تعالى » .

(٧) النساء : ٤ والآية : « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا » .

(٨) هكذا فى ا و حـ . وفى الأصل و ب : « وقال عليه السلام » .

« العائد فى هبته كالكلب يعود فى قيئه »[١].

وعليه الإجماع.

وأما ركن الهبة:

فهو الإيجاب والقبول.

فالإيجاب قوله « وهبت هذا الشيء منك » أو « جعلته لك » أو « هذا لك » أو « نَحَلْتُه[٢] لك » أو[٣] قال « جعلت هذه الدار لك عمرى أو عمرك أو حياتى أو حياتك، فإذا مت فهو رد على » - فهذا كله هبة، وهى له حياته وموته، والشرط الذى شرطه باطل، على ما روى عن النبى عليه السلام أنه قال: « أَمْسِكُوا عَلَيْكم أَمْوالَكم[٤]، لا تُعْمِرُوها[٥]، فإن من أَعْمَرَ شيئا كان لمن أُعْمِرَه[٦] ».

ولو قال « هذه الدار لك رُقْبَى[٧] أو[٨] حبيسة » ودفعها إليه - فهى عارية

(١) فى ا و ب و حـ: « العائد فى هبته كالعائد فى قيئه ». وفى بلوغ المرام من أدلة الأحكام لابن حجر (ص ١٦٤): « العائد فى هبته كالكلب يقىء ثم يعود فى قيئه (متفق عليه). وفى رواية للبخارى: ليس لنا مثل السوء الذى يعود فى هبته كالكلب يقىء ثم يرجع فى قيئه ».

(٢) فى ا و حـ: « أو: نحلتك » - و« النِّحْلة هى العطية - يقال: فلان نَحَل ولده نُحْلى أى أعطاه عطية » الكاسانى: ٦: ١١٦: ٤ - وانظر القاموس المحيط.

(٣) هكذا فى ا و ب و حـ. وفى الأصل: « او ».

(٤) فى ب: « كرائم أموالكم ». وانظر الهامش التالى.

(٥) العُمْرَى ما يجعل لك طول عمرك أو عمره وعَمَّرته إياه وأعمرته جعلته له عمره أو عمرى (القاموس المحيط). وانظر فيما بعد الهامش ٦ ص ٢٥٦.

(٦) فى ا و حـ: « أمسكوا عليكم ولا تعمروها فإن من أعمر شيئا فهو لمن أعمر له » - راجع الكاسانى: ٦: ١١٦: ١٠ من أسفل.

(٧) « معنى الرُّقْبى أنه يقول إن مت أنا قبلك فهو لك وإن مت أنت قبلى فهو لى: سمى الرُّقْبى من الرقوب والارتقاب والترقب وهو الانتظار لأن كل واحد منهما ينتظر موت صاحبه قبل موته » الكاسانى: ٦: ١١٧: ٧. وانظر القاموس المحيط.

(٨) فى ا و حـ: « و ».

فى يده ، ويأخذها منه متى شاء ، وقال أبو يوسف : إذا قبضها فهى هبة ، وقوله « رُقبى و(١) حبيسة » : باطل .

ولو قال « هذه الدار لك سكنى » أو « هذه الشاة أو هذه الأرض لك منحة » - فهى عارية فى قولهم جميعا ، لأن المنحة عبارة عن بذل المنافع ، فإذا أضاف إلى عين ينتفع بها مع قيامها ، عمل بحقيقته ، فأما إذا أضاف إلى شىء لا ينتفع به ، إلا باستهلاكه ، كما إذا منحه طعاما ، أو لبنا ، أو دراهم ، أو دنانير - فإنه يكون هبة ، لأنه لا منفعة له مع قيام عينه . وعلى هذا قالوا : إن عارية الأعيان تمليك المنافع ، وعارية المكيل والموزون قرض ويكون تمليك العين .

وكذا لو قال « هذه الدار لك سكنى عمرى(٢) ، أو عمرى سكنى » : فهى عارية . وكذا إذا قال « هبة(٣) سكنى أو سكنى هبة » : فهى عارية(٤) .

وإن قال « هذه الدار لك عمرى تسكنها أو صدقة تسكنها » : فهى هبة وصدقة ، وقوله « تسكنها أو تؤاجرها أو تعيرها » : يكون مشورة ، فيكون شرطا فاسدا ، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة .

وكذا لو قال « هى لك هبة تسكنها » - فهى هبة جائزة ، لما ذكرنا .

ولو وهب الرجل أمة ، على أن لا يبيعها - فالهبة جائزة ، والشرط باطل عند أبى حنيفة ومحمد ، وهو قول أبى يوسف أيضا .

---

(١) فى ب : « أو » .
(٢) فى ب : « عمرك » .
(٣) « هبة » ليست فى ب .
(٤) « فهى عارية » ليست فى ا و حـ .

وكذا لو شرط أن يتخذها أم ولد، أو[1] أن يبيعها من فلان، أو يردها عليه بعد شهر ـ كانت الهبة جائزة، والشرط باطل ـ وكان ينبغي أن لا يكون الشرط الفاسد مفسدا للعقد[2]، وإنما جاء الفساد لأجل النهى، والنهى ورد فى البيع وما ورد فى غيره[3]، فبقى غيره على الأصل[4]، إلا إذا كان فى معناه[5]، وأصله ماروى عن النبي عليه السلام أنه أجاز العُمْرَى[6] وأبطل شرط[7] المعمر.

أما شرائط الصحة:

فمنها ـ القبض: حتى لا يثبت الملك الموهوب له قبل القبض[8] ـ وهذا عندنا. وقال مالك: القبض[9] ليس بشرط.

---

(١) الهمزة من ا و ب

(٢) كذا فى ا و حـ. وفى الأصل و ب: «وكان ينبغى أن يكون الشرط الفاسد لا يكون مفسدا للعقد».

(٣) هكذا فى ا و حـ. وفي الأصل: «لأجل النهى، والنهى في البيع ورد لغيره ..» وفى ب: «والنهى ورد في البيع كغيره فبقى غيره ..».

(٤) فى ا و حـ: «على أصل القياس».

(٥) يوضح ذلك عبارة الكاسانى (٦:١١٧:٢١): «لأن هذه الشروط مما لم تمنع وقوع التصرف تمليكا للحال، وهى شروط تخالف مقتضى العقد، فتبطل، ويبقى العقد على الصحة، بخلاف شروط الرقبى على ما بينا، بخلاف البيع: فإنه تبطله هذه الشروط. لأن القياس أن لا يكون قران الشرط الفاسد لعقد ما مفسدا له، لأن ذكره فى العقد لم يصح فيلحق بالعدم ويبقى العقد صحيحا، إلا أن الفساد في البيع للنهى الوارد فيه، ولا نهى فى الهبة، فيبقى الحكم فيه على الأصل». وراجع فيما تقدم ص ٢٥٤ و ٢٥٥ وفى الجزء الثانى ص ٦٩ وما بعدها.

(٦) العُمْرَى ما يُجعل لك طول عمرك أو عمره (القاموس). وراجع فيما تقدم الهامشين ٥ و ٧ ص ٢٥٤.

(٧) فى ب: «شرائط». وفى حـ: «الشرط».

(٨) «القبض» ساقطة من حـ.

(٩) «القبض» من ا و حـ.

وأصله ما روى عن جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم أنهم قالوا : «لاتجوز الهبة إلا مقبوضة محوزة» .

ومنها ـ أن تكون الهبة مقسومة إذا كان يحتمل القسمة . وتجوز إذا كان مشاعا لا يحتمل القسمة[١] ، سواء كانت الهبة للشريك أو غيره[٢] .

وقال الشافعي : هبة المشاع جائزة .

وكذلك الخلاف في التصدق بالمشاع[٣] .

وأصله ما روينا عن الصحابة أنهم قالوا : «لا تجوز الهبة إلا مقبوضة محوزة[٤]» ، والحيازة يراد بها القسمة ههنا . بالإجماع .

ومنها ـ أن تكون الهبة متميزة عن غير الموهوب ، وغير متصلة به ، ولا مشغولة بغير الموهوب . حتى لو وهب أرضا فيها زرع للواهب دون الزرع . أو نخلا فيها ثمرة للواهب معلقة به دون الثمرة : لا يجوز . وكذلك لو وهب ثمرة النخل دون النخل[٥] ، أو الزرع دون الأرض ـ وقبض النخيل والثمرة والأرض والزرع : لايجوز .

وكذا لو وهب دارا فيها متاع للواهب ، أو ظرفا فيه[٦] متاع للواهب دون المتاع ، أو وهب دابة عليها حمل للواهب دون الحمل ـ وقبضها :

---

(١) «وتجوز إذا كان مشاعا لايحتمل القسمة» ليست في ا و حـ .

(٢) في ب : «من الشريك أو من غيره» .

(٣) «بالمشاع» من ا و ب .

(٤) راجع ماتقدم في أول هذه الصفحة .

(٥) «دون النخل» من ا و ب و حـ .

(٦) في الأصل و ا و ب و حـ : «فيها» ـ والظرف مذكر .

فإنه لا يجوز[١]، ولا يزول الملك عن الواهب إلى الموهوب له، لأن الموهوب غير متميز عما ليس بموهوب، فيكون بمنزلة هبة المشاع.

. . .

ولو قسم المشاع، وسلم ماوهب[٢]: جاز.

وكذا، فى هذه الفصول، إذا سلم الدار فارغة عن المتاع.

وكذا إذا حصد الزرع، وجز[٣] الثمر، ثم سلم النخل والأرض: جاز، لأن الملك يثبت عند القبض، فيعتبر حالة القبض، وتكون الهبة موقوفة فى حق ثبوت الملك إلى وقت الإفراز[٤]، وفى كون الهبة، فى الحال، فاسدة أم لا، اختلاف بين المشايخ[٥] — ولكن لا خلاف أنه إذا وجد التسليم بعد القسمة، والإفراز: جاز[٦].

. . .

ولو وهب دارا من رجلين، أو كرا من طعام، أو ألف درهم، أو[٧]

---

(١) « وقبضها فإنه لا يجوز » ليست في ا و ح. وفي ح: «دون الحمل وفيها». وفى ا: « دون الحمل وفيها » فقط.

(٢) « ما وهب » من ا و ب و ح. وفي ا و ح: « ولو ميز الحمل والمتاع وسلم ماوهب».

(٣) في ا و ح: «وجد». وفى ب: « وجذ » . وفى المغرب: «الجز قطع الشىء الكثيف الضعيف ... ويقال: جز الصوف وجز النخل إذا صرمه. والجزاز كالجداد بالفتح والكسر إلا أن الجداد خاص فى النخل والجزاز فيه وفى الزرع والصوف والشعر. وقد فرق محمد رحمه الله بينهما فذكر الجداد قبل الإدراك والجزاز بعده وهو وإن لم يثبت حسن ».

(٤) فى ا: « في ثبوت الملك على الإفراز ». وفى ح: « في ثبوت الملك على إفراز ».

(٥) فى ا: « خلاف بين المشايخ ». وفى ح: « خلاف من المشايخ ».

(٦) « جاز » ساقطة من ح. وفى ا: « يصح ».

(٧) الهمزة من ا و ب و ح.

شيئا مما يقسم : فإنه لا يجوز عند أبى حنيفة ، وعندهما : جائز[١] .

والحاصل أن عند أبى حنيفة : الشيوع متى حصل عند القبض : فإنه يمنع صحة الهبة ، وإن حصل القبض[٢] فى غير مشاع : جاز - فجوز هبة الاثنين من الواحد ، ولم يجوز هبة الواحد من الاثنين . واعتبر أبو يوسف ومحمد فى فساد العقد حصول الشيوع فى الطرفين جميعا ، فجوزا هبة الواحد من اثنين وهبة الاثنين من الواحد[٣] .

ولو وهب عبدا من رجلين ، أو شيئا مما لا[٤] يقسم : جاز ، بالإجماع ، لأنه لا عبرة للشيوع فيما لا[٥] يحتمل القسمة فى باب الهبة .

ولو وهب رجل لرجلين وقال : « وهبت لكما هذه الدار : لهذا نصفها ولهذا نصفها » : فهو على الخلاف الذى ذكرناه[٦] .

ولو قال : « وهبت لك نصفها ولهذا نصفها » : لم يجز ، بالإجماع ، لأن العقد وقع فى المشاع فى كل نصف .

---

(١) فى ا : « جائزة » . وفى ب : « يجوز » . وفى حـ : « لا يجوز عندنا وعندهما جائز » - « فأبو حنيفة يعتبر الشيوع عند القبض ، وهما يعتبرانه عند العقد والقبض جميعا . فلم يجوز أبو حنيفة هبة الواحد من اثنين لوجود الشياع وقت القبض . وهما جوزاها لأنه لم يوجد الشياع فى الحالين بل وجد أحدهما دون الآخر . وجوزوا هبة الاثنين من واحد : أما أبو حنيفة رحمه الله فلعدم الشيوع فى وقت القبض ، وأما هما فلانعدامه فى الحالين ، لأنه وجد عند العقد ولم يوجد عند القبض » الكاسانى ٦ : ١٢١ : ٢٤ - ٢٨ . وانظر مايلى فى المتن .

(٢) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « عند القبض » . راجع الهامش السابق .

(٣) « واعتبر أبو يوسف ومحمد ... الاثنين من الواحد » ليست فى ب . وفى ا و حـ كذا : « وحصول الشيوع (فى حـ : الشروع) فى الطريقين جميعا فجوز هبة من الاثنين والاثنين » وراجع فيما تقدم الهامش ١ .

(٤) و (٥) « لا » ليست فى حـ .

(٦) فى هذه المسألة بين النسخ خلاف لفظى بحت .

ولو قال: «وهبت لكما هذه الدار: لهذا[1] ثلثها ولهذا ثلثاها»: جاز عند محمد، وعند أَبي حنيفة وأبي يوسف: لايجوز - فهما مرا على أصلهما، وأبو يوسف[2] فرق عند مخالفة النصيبين، كما لو رهن عينا واحدة من اثنين: لأحدهما الثلث وللآخر الثلثان[3]، فكذلك هذا[4].

ثم إن عند أبي حنيفة: إذا قسم وسلم إلى كل واحد منهما حصته[5] مُفْرَزَةً: جاز، لما قلنا.

. . .

ولو تصدق بعشرة دراهم على مسكينين: جاز[6]. ولو تصدق على غنيين: لم يجز عند أبي حنيفة، كالهبة من اثنين - لأن الصدقة تقع من

---

(١) كذا في ا و ب و حـ. وفي الأصل: «ولهذا».

(٢) في ا و حـ: «ومحمد» وهو خطأ كما يتبين من المتن فيما تقدم (ص ٢٥٩): قال البابرتي في العناية شرح الهداية (٧: ١٢٨) «اعلم أن التفصيل في الهبة إما أن يكون ابتداء أو بعد الإجمال. وإن كان الأول: لم يجز بلا خلاف سواء كان التفصيل بالتفضيل كقوله «وهبت لك ثلثيه» لشخص و «وهبت لك ثلثه» لآخر أو بالتساوي كقوله لشخص «وهبت لك نصفه» ولآخر كذلك - ولم يذكره في الكتاب. وإن كان الثاني: لم يجز عند أبي حنيفة مطلقا، أي سواء كان متفاضلا أو متساويا - مر على أصله. وجاز عند محمد مطلقا - مر على أصله. وفرق أبو يوسف بين المساواة والمفاضلة: ففي المفاضلة: لم يجوز، وفي المساواة: جوز في رواية على ماهو المذكور في الكتاب بقوله: وعن أبي يوسف فيه روايتان - هذا الذي يدل عليه ظاهر كلام المصنف. وصاحب النهاية جعل قوله «ولو قال لأحدهما نصفها وللآخر نصفها» عن أبي يوسف فيه روايتان تفصيلا ابتدائيا، ونقل عن عامة النسخ من الذخيرة والإيضاح وغيرهما أنه لم يجز بلاخلاف، وليس بظاهر، لأن المصنف عطف ذلك على التفصيل بعد الإجمال فالظاهر أنه ليس ابتدائيا ... الخ».

(٣) زاد هنا في ا و حـ: «جاز».

(٤) راجع فيما تقدم الهامش ٢.

(٥) «حصته» من ب.

(٦) «ولو تصدق بعشرة ... جاز» ليست في ا و حـ.

المتصدق لله تعالى ، لا للفقير ، فلا يتحقق الشيوع[١] ، والصدقة من الغنيين[٢] هبة : فلم تجز ، وقيل : على قوله : تجوز الصدقة من الغنيين ، لأنه يحل لهما صدقة التطوع[٣] .

. . .

ولو وهب رجل لرجل ما فى بطن جاريته أو غنمه أو ما فى ضروعها ، أو وهب له سَمْنًا فى لبن ، أو زبدا قبل أن يُمْخَضَ[٤] ، أو دُهْنًا فى سمسم قبل أن يعصر ، أو زيتا فى زيتون ، أو دقيقا فى حنطة — وسلطه على قبضه عند الولادة ، وعند استخراج ذلك : فإنه لا يجوز ، لأن بعض هذه الأشياء معدوم عند العقد ، أو معجوز التسليم لمعنى فى المحل ، أو مجهول حتى لا يكون محلا للبيع ، وإذا كان هكذا ، فيكون فاسدا ، لا موقوفا[٥] ، بخلاف ما ذكرنا من هبة المشاع ، والموهوب المتصل بغيره : حيث يجوز إذا سلم بعد الإفراز والفصل ، لأن المشاع[٦] قابل لحكمه ، لكن المانع هو العَجْز عن التسليم ، لمعنى فى غيره ، فإذا زال المانع فينقلب جائزا .

. . .

---

(١) هكذا فى ب . وفى الأصل و ا و حـ : « التبرع » : راجع المرغينانى ، الهداية ، ٧ : ١٢٨ وكذا شروحها فى نفس الصحيفة .

(٢) « من الغنيين » ليست فى ا و حـ .

(٣) فى ب : « لأنه محل لصدقة التطوع » . وفى ا : « من الغنى لأنه محل التصدق التطوع » . وفى حـ : « من الغنى لأنه محل التصرف للتطوع » .

(٤) مخض اللبن فى المخضة وهى الإناء الذي يمخض فيه اللبن أى يضرب ويحرك حتى يخرج منه الزبد (المغرب) .

(٥) راجع ص ٦٢-٦٩ من الجزء الثانى .

(٦) زاد هنا فى ا و ب و حـ : « محل » - « والموهوب المتصل بغيره ... لأن المشاع » ليست فى ب .

ولو وهب جارية أو حيوانا ، واستثنى الحمل : جازت الهبة فى الأم والحمل جميعا ، وبَطَلَ الاستثناء . **وجملة هذا أن العقود على ثلاثة أضرب** [١] :

أحدها - إذا عقد على الأم ، دون الحمل : فسد العقد ، وبطل الاستثناء ، وهو كالبيع والإجارة والرهن ، لأن الحمل تبع للأم فى هذه العقود ، فكان موجبه ثبوت الحكم فى الكل [٢] ، فإذا استثنى الحمل فقد نفى بعض [٣] موجب العقد ، ففسد العقد [٤] .

والثانى - أن يصح [٥] فيه العقد ، ويبطل الاستثناء ، وذلك مثل النكاح والخلع [٦] والصلح عن دم العمد والهبة ، لأن موجبه أن يثبت الحكم [٧] فى الكل . وقد نفى [٨] بعض الموجب ، بالاستثناء . فيكون شرطا فاسدا ، والهبة [٩] لا تبطل بالشروط الفاسدة .

والثالث - يجوز العقد والاستثناء - وهو الوصية [١٠] : إذا أوصى بجارية إلا حملها ، صحت الوصية فى الجارية ، وبقى الحمل [١١] للورثة ، لأن الحمل

---

(١) فى ا و ح : « أوجه » .
(٢) فى ا و ح : « فكانت موجبة لثبوت الحكم » اﻫ .
(٣) « بعض » ساقطة من ا و ح . وفى ب : « وقد بقى بعض » .
(٤) « العقد » من ب .
(٥) فى ب : « أن لا يصح » وهو خطأ .
(٦) « والخلع » من ا و ب و ح . راجع « باب الخلع » ص ٢٩٩ وما بعدها من الجزء الثانى .
(٧) « الحكم » من ب .
(٨) فى ح : « بقى » .
(٩) ربما كان الأولى أن يقول : « وهذه العقود » .
(١٠) فى ا و ح : « والاستثناء فى الوصية » .
(١١) فى ا و ح : « فى الجارية والحمل » .

أصل فى حق هذا[1] التصرف ، حتى تجوز الوصية بالحمل ، فجاز الاستثناء.

. . .

ولو أعتق ما فى بطن جاريته ، ثم وهبها : جازت الهبة فى الأم .

ولو دبر ما فى بطن جاريته ، ثم وهبها[2] : لم يجز - فمن أصحابنا من قال فى المسألة روايتان ، ومنهم[3] من فرق بين التدبير والإعتاق .

. . .

ولو وهب عبدا ، أو ثوبا ، أو عينا من الأعيان ، مفرزا ، مقسوما ، ولم يأذن له فى قبضه ، فقبضه الموهوب له[4] : فإن[5] كان بحضرة الواهب يجوز استحسانا ، والقياس أن لا يجوز : ذكرها فى الزيادات . وإذا[6] قام من المجلس ، ثم قبض : لا يصح[7] ، لأن القبض فى الهبة بمنزلة القبول فى حق إثبات الحكم ، وذلك يصح فى المجلس لا بعده . كذلك هذا .

ولو وهب دينا له ، على رجل ، لرجل[8] ، وأذن له بقبضه ممن عليه[9] : جازت الهبة ، إذا قبض ذلك ، استحسانا ، والقياس أن لا[10] يجوز ، وهو قول زفر . ولو لم يأذن له فى قبض الدين : لم تجز الهبة ، وإن

---

(١) « هذا » من ا و ب و حـ .

(٢) « جازت الهبة فى الأم ولو . . ثم وهبها » ساقطة من حـ . راجع « باب المدبر » ص ٤١١ وما بعدها من الجزء الثانى .

(٣) هكذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « فنهم » - راجع الكاسانى ، ٦ : ١٢٥ : ١٩ .

(٤) « له » من ا و ب و حـ .

(٥) الفاء من ب .

(٦) فى ب : « فإن » . وفى ا و حـ : « ولان » .

(٧) فى ا : « لاتصح » .

(٨) « لرجل » من ب .

(٩) فى ا و حـ : « فى قبضه ممن له عليه » .

(١٠) « لا » ساقطة من حـ .

قبضه الموهوب له بحضرة الواهب[١] .

. . .

ولو وهب العارية ، أو الوديعة ، وكل أمانة فى يد إنسان من صاحب اليد : فإنه يجوز ، ويثبت الملك للموهوب له ، وينوب قبض الأمانة عن قبض الهبة ، وهذا استحسان ، والقياس أن لا يكون قابضا حتى يتمكن من قبضه بالتخلية - ووجه[٢] الاستحسان أن الهبة تبرع ، وقبض الأمانة ينوب عنه ، بخلاف ما إذا باع من المودع ، لأن البيع عقد ضمان ، وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض الضمان .

ولو كانت العين مضمونة فى يد إنسان ، بالمثل أو بالقيمة ، كما فى الغصب والمقبوض على سوم الشراء ، فوهبها[٣] من صاحب اليد : تصح الهبة ، ويبرأ عن الضمان ، فيكون[٤] قبضا غير مضمون .

ولو كانت مضمونة بغيرها ، كالرهن والمبيع[٥] ، فوهبها المالك لمن[٦] هى فى يده - فإنه لا يكون قابضا بذلك[٧] مالم يقبضها[٨]

---

(١) هنا تكرار فى ب .

(٢) واو العطف من ا و ب و حـ .

(٣) فى الأصل و ا و ب و حـ : « ولو كان العين مضمونا ... فوهبه (فى ب : فوهب) » فجعل العين مذكرا وسار على ذلك فى الغالب فى هذه الفقرة والتى بعدها فجعلنا العبارة على أساس أن « العين » مؤنثة .

(٤) فى ب : « ويكون » .

(٥) لأن الرهن مضمون بالدين والمبيع مضمون بالثمن .

(٦) فى ا و ب و حـ : « فوهب ذلك لمن » .

(٧) كذا فى ا و حـ . وفى الأصل و ب : « لذلك » .

(٨) انظر الهامش بعد التالى .

قبضا مستأنفا بعد[١] عقد الهبة ، لأنها إذا كانت مضمونة بغيرها لم تصح البراءة عنها[٢] بالهبة ، فلا يصير قبض أمانة ، ولا بد من تجانس القبضين حتى يتساويا[٣] .

• • •

ثم إذا صحت الهبة عند وجود شرائطها واحتجنا إلى :

بيان الحكم - فنقول :

حكم الهبة ثبوت الملك[٤] للموهوب له ، غير لازم ، حتى يصح الرجوع والفسخ[٥] عندنا .

وعند الشافعي : يقع الملك لازما ، إلا في هبة الوالد لولده .

لكن يكره الرجوع في الهبة ، لأنه من باب الدناءة[٦] .

والموهوب له أن يمتنع عن الرد .

ولا يصح الرجوع إلا بتراض أو بقضاء القاضي ، لأنه فسخ بعد تمام العقد ، فصار كالفسخ بسبب العيب بعد القبض[٧] .

---

(١) في ا و ح : « عند » .

(٢) في الأصل و ا و ب و ح : « مالم يقبضه ... لأنه إذا كان مضمونا بغيره لم يصح البراءة عنه » انظر الهامش ٣ من الصفحة السابقة .

(٣) في ا و ح : « حتى تساويا » .

(٤) في ح : « المال » .

(٥) « والفسخ » من ا و ب و ح .

(٦) في ح : « الرياء » . والدناءة هي الخسة أو الخساسة ورجل دنيء أي خسيس (راجع المغرب والمنجد) .

(٧) راجع في الجزء الثاني ص ١٣٩ وما بعدها .

وإنما يمتنع الرجوع بأسباب :

منها ـ **العوض** ، للحديث : « الواهب أحق بهبته مالم يثب منها » ـ أى يعوَّض [١] .

ولكن العوض نوعان : عوض مشروط [٢] فى العقد ، وعوض متأخر عن العقد :

أما المشروط فى العقد ـ بأن قال « وهبت لك هـذا العبد على أن تعوضنى هذا الثوب » ـ <ف> حكمه [٣] أن لكل واحد أن يرجع فى السلعتين جميعا ، مالم يتقابضا . وإن [٤] قبض أحدهما دون الآخر : كان للقابض وغير القابض الرجوع . فإذا تقابضا جميعا : انقطع الرجوع [٥] ، وصار بمنزلة البيع [٦] ، وإن كان عقده عقد هبة ، حتى يرد كل واحد منهما [٧] بالعيب ، ويرجع فى الاستحقاق ، وتثبت الشفعة ـ وهذا عندنا ، وعند زفر : عقده عقد بيع ـ حتى [٨] يشترط القبض عندنا [٩] ، لثبوت الملك [١٠]

---

(١) فى ا و حـ : « أى لم يعوض » . وفى ب : « أى مالم يعوض » .

(٢) فى حـ : « مشروع » انظر مايلى فى المتن .

(٣) فى الأصل و ا و ب و حـ : « وحكمه » .

(٤) فى ا و حـ : « فإن » .

(٥) « فإذا تقابضا جميعا انقطع الرجوع » ليست فى ب .

(٦) كذا فى ب و حـ وفى الأصل و ا : « المبيع » .

(٧) « منهما » ليست فى ب .

(٨) « حتى » ليست فى حـ . وفى ا : « فيشترط » .

(٩) « عندنا » ليست فى ب .

(١٠) « الملك » ليست فى حـ .

فى هذه الهبة ، ولا يصح فى الشيوع[١] ، وعنده بخلافه .

فأما العوض المتأخر عن العقد - فهو لإسقاط الرجوع ، فلا يصير فى معنى المعاوضة ، لا ابتداء ولا انتهاء . وإنما يكون المال الثانى[٢] عوضا عن الأول بالإضافة إليه نصا ، بأن أعطى للواهب شيئا ، وقال « هذا عوض عن هبتك » أو « قد[٣] نحلتك هذا عن هبتك » أو « كافأتك » أو « جازيتك » أو « أثبتك » أو قال « هذا بدل هبتك »[٤] أو « مكان هبتك »[٥] أو « قد[٦] تصدقت بهذا عليك بدلا من هبتك » - فإن هذا عوض فى هذه الوجوه إذا وجد قبض[٧] العوض ، ويكون العوض هبة : تصح بما تصح به الهبة ، وتبطل بما تبطل به الهبة .

فأما إذا لم يضف العوض إلى الهبة الأولى : <فإنها> تكون[٨] هبة مبتدأة ، ويثبت حق[٩] الرجوع فى الهبتين جميعا .

ومنها - **العوض من حيث المعنى** ، وهو ليس بعوض مالى ، كالثواب

---

(١) فى ا و حـ : « فى الشائع » .

(٢) « الثانى » من ب وليس فيها كلمة « المال » .

(٣) « قد » ليست فى ا و ب .

(٤) فى ا و حـ : « عن هبتك » .

(٥) هنا تكرار فى ب .

(٦) « قد » ليست فى ب .

(٧) فى ا و حـ : « وقبض » .

(٨) هكذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « حيث تكون » .

(٩) « حق » ليست فى ا و حـ .

فى الصدقة : فإنه يكون عوضا مانعا من الرجوع ، وكصلة الرحم المحرم[١] ، وصلة الزوجية ، حتى لا يصح الرجوع فى هبة ذوى الأرحام المحارم[٢] ، وهبة الزوجين ، لأنه قد حصل العوض معنى .

ومنها - إذا زادت[٣] فى الهبة زيادة متصلة. بفعل الموهوب له ، أو بفعل غيره ، بأن كانت جارية[٤] مهزولة فسمنت ، أو كانت دارا فبنى الموهوب له فيها بناء ، أو كانت أرضا فغرس فيها أشجارا ، أو[٥] نصب فيها دولابا[٦] ، وهو مثبت فى الأرض مبنى فيها ، أو كان ثوبا فصبغه بعصفر ، أو قطعه قميصا وخاطه ، لأن الموهوب اختلط بغيره ، والرجوع لا يمكن فى غير الموهوب ، فامتنع أصلا[٧] .

فأما الزيادة المنفصلة ، كالأرش والولد والعقر[٨] : <ز ف> لا تمنع[٩] الرجوع ، لأنه يمكن الفسخ فى الأم والأصل ، دونها ، بخلاف زوائد

---

(١) « المحرم » من ا و ب و حـ .

(٢) فى ب : « المحرمة » . وفى ا و حـ : « المحرم » .

(٣) فى ا و ب و حـ : « زاد » .

(٤) « جارية » من ا و ب و حـ .

(٥) الهمزة من ا و ب و حـ .

(٦) « الدولاب » بالفتح المنجنون التى تديرها الدابة . و« الناعور » ما يديره الماء (المغرب) وفى القاموس : « الدولاب بالضم ويفتح : شكل كالناعورة يستقى به الماء - معرب » . وفى الكاسانى (٦ : ١٢٩ : ٢٠) : « أو نصب دولابا وغير ذلك مما يستقى به » .

(٧) « أصلا » ليست فى ا .

(٨) الأرش دية الجراحات . والعقر صداق المرأة إذا وطئت بشبهة (المغرب) . وراجع فيما تقدم ص ١٥١ وما بعدها وص ٢١٢ وما بعدها .

(٩) هكذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « لا يمكن » .

المبيع ، لأن ثم يؤدى إلى الربا ، لأنه عقد معاوضة ، بخلاف الهبة .

وأما نقصان الموهوب : <ف> لا يمنع الرجوع ، لأنه فات بعضه ، ولو كان الكل قائما فرجع في البعض دون البعض ، جاز ـ فكذا[1] هذا .

ومنها ـ خروج الموهوب عن ملك الموهوب له . بأن باع أو وهب ، لأن اختلاف الملكين[2] كاختلاف العينين .

وكذا إذا **مات الموهوب له** ، لأن الملك[3] ينتقل إلى ورثته .

وكذا إذا **مات الواهب** ، لأنه ينتقل إلى ورثته .

وكذا لو **هلك الموهوب** ، لأنه زال الملك ، فلا يحتمل الفسخ .

• • •

ثم الرجوع فى الهبة بغير القضاء[4] : فسخ عندنا ـ حتى يجوز فى المشاع ، ولا يشترط القبض ، خلافا لزفر ـ والمسألة معروفة .

• •

ولو وهب رجل لابنه الصغير شيئا ـ صحت الهبة ، لأن قبض الأب كقبضه ، وكذا قبض جده بعده[5] ، وقبض وصى الأب ، والجد بعدهما ، حتى لو وهب هؤلاء من الصغير[6] ، والمال فى أيديهم ـ صحت الهبة ، ويصيرون قابضين للصغير . وعلى هذا قالوا : إذا باع الأب ماله ، من

---

(١) الفاء من ا و ب و حـ .

(٢) فى ب : « المالين » .

(٣) « لأن الملك » ليست فى حـ .

(٤) « القضاء » ساقطة من ا و حـ .

(٥) « بعده » ليست فى ا .

(٦) فى ا و حـ : « من الصغير والموهوب » .

ابنه الصغير ، ثم هلك المبيع عقيب البيع ، كان الهلاك على الصغير ، لأنه صار قابضا بقبض الأب .

وكذلك لو وهب أجنبي للصغير شيئا ، فقبض ذلك أحد هؤلاء الأربعة ، لأن لهم ولاية التصرف فى ماله .

ومن غاب منهم غيبة منقطعة ، فالولاية[1] تنتقل إلى الأبعد ، كما فى ولاية النكاح .

ولا يجوز قبض غير هؤلاء عنه ، أجنبيا كان أو ذا رحم محرم منه ، لأنه لا ولاية لهم عليه ، إلا إذا كان الصغير فى حجره وعياله ، فيكون قبضه للهبة بمنزلة إيصال النفع إليه ، ويكون من باب الحفظ .

ولو قبض الصغير العاقل ، ما وهب له واحد من هؤلاء الأربعة — جاز قبضه[2] ، استحسانا ، والقياس أن لا يجوز[3] ، لأن هذا من باب النفع ، وقبض هؤلاء جائز عليه أيضا ، وإن كان عاقلا ، لأن النظر الكامل فى هذا أن يملك كل واحد منهما ذلك[4]

ولو وهب الأب مال الصغير : لا يجوز ، لأنه تبرع . ولو وهب بشرط

---

(١) هكذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « ولو غاب منهم غيبة منقطعة ، قالوا : لم ينتقل ... » .

(٢) « قبضه » ليست فى ب .

(٣) « والقياس أن لا يجوز » من ا و ب و حـ .

(٤) فى ا و حـ : « لأن نظر العاقل أن تملك كل واحد منهم ذلك » راجع : السرخسى ، المبسوط : ١٢ : ٦٢ والبابرتى ، العناية ، ٧ : ١٢٦ .

العوض، وقبل[١] الآخر العوض - لم يجز ذلك[٢] في قول[٣] أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: يجوز - فأبو حنيفة اعتبر نفس الهبة، وهي من باب التبرع، ولا يملك الأب ذلك، ومحمد يقول: هذا[٤] بمعنى البيع.

وعلى هذا الخلاف[٥]: **المأذون والمكاتب**، إذا وهبا بشرط العوض - لم يجز، عندهما - خلافا له.

. . .

ولو وهب رجل، لعبد رجل - فإن القبول والقبض إلى العبد، دون مولاه، ويكون الملك للمولى بحكم أنه كسب عبده لأن الغرض هو وجه العبد[٦] فيكون هبة له. ولا يجوز قبض المولى[٧] وقبوله عنه، سواء كان على العبد دين أو لم يكن، لأنه هبة للعبد.

وكذلك الجواب في المكاتب: أن قبول الهبة وقبضها إليه، دون مولاه، لأنه أحق بكسبه.

ويكون للواهب الرجوع إذا كان العبد أجنبيا في حقه، وإن كان[٨]

---

(١) في ا و ح: « وقبض ».
(٢) « ذلك » من ا و ب و ح.
(٣) في ح: « عند ».
(٤) « هذا » ليست في ب. وفي ا: « هي ». وفي ح: « هو ».
(٥) « الخلاف » من ا و ب و ح.
(٦) « الغرض هو وجه العبد » هكذا في ا و ح. وفي الأصل العبارة غير مفهومة.
(٧) « ويكون الملك للمولى ... قبض المولى » ليست في ب.
(٨) « وإن كان » من ب. وفي الأصل بدلها: « فإن انتقل انتقل ... ». وفي ا و ح: « وإن » فقط.

انتقل الملك إلى مولاه، لأن ملك العبد غير مستقر فيه[١]، فكأن الملك وقع للمولى ابتداء.

وكذلك في المكاتب: إن عتق فظاهر، لأنه استقر ملكه، وإن عجز، وصار كسبه للمولى، فله حق الرجوع في قول أبي يوسف ولم يجز الرجوع في قول محمد ـ بناء على أن عند أبي يوسف: كأن الملك وقع للمولى من الابتداء، وعند محمد: كأنه ثبت من وقت العجز.

ولو وهب الرجل لعبد رجل هبة، والواهب ذو رحم محرم من العبد، دون المولى[٢]، فإنه يرجع[٣]، بالاتفاق[٤]. وأما إذا كان المولى ذا رحم محرم[٥] من الواهب دون العبد: <ف> عند أبي حنيفة: يرجع أيضا، وعندهما: لا يرجع ـ وهذا بناء على أن الملك في الهبة[٦] يقع للمولى، فيكون هبة من المولى عندهما، وإن كان ذا رحم محرم[٧]: لا يرجع، وإن كان أجنبيا: يرجع، ولا عبرة لجانب العبد، وعند أبي حنيفة: هذا

---

(١) في ب: «غير مستقر من وجه». وفيها وردت عبارة «لأن ملك العبد غير مستقر بعد عبارة «وقع للمولى ابتداء» الآتية.

(٢) انظر الهامش بعد التالي.

(٣) في ا و حـ: «لا يرجع» والصحيح ما في المتن ـ راجع السرخسي، المبسوط ١٢، ٥٨ : ٤ من أسفل.

(٤) في ا و ب و حـ العبارة كالآتي: «ولو وهب رجل لعبد رجل هبة: أجمعوا أن العبد إذا كان ذا رحم محرم من الواهب فإنه لا يرجع (وفي ب: يرجع)» اهـ.

(٥) «محرم» من ا و ب و حـ.

(٦) «في الهبة» ليست في ا و حـ.

(٧) «محرم» من ا و حـ.

هبة المولى من وجه، وللعبد[١] من وجه، فلا تكون[٢] صلة كاملة فى حق[٣] كل واحد على الانفراد. والصلة الكاملة مانعة للرجوع[٤]، فلا[٥] تتعدى إلى الصلة من وجه.

فأما إذا كانا جميعا ذوى[٦] رحم محرم[٧] من الواهب: ذكر أبو الحسن الكرخى[٨] عن محمد أن قياس قول أبى حنيفة: أن يرجع، لأنه لم يكن لكل واحد منهما[٩] صلة كاملة.

وقال أبو جعفر الهندوانى[١٠]: ليس له أن يرجع فى قولهم جميعا[١١]، لأن الهبة - لأيهما كانت - تمنع الرجوع[١٢].

وعلى هذا التفريع: لو وهب المكاتب وهو[١٣] ذو رحم محرم من الواهب، أو مولاه ذو رحم محرم[١٤] من الواهب:

---

(١) فى ا و ح: «هبة من المولى ... من العبد».
(٢) فى ب و ح: «ولا يكون». وفى ا: «فلا يكون».
(٣) «حق» من ا و ب و ح.
(٤) فى ا و ح: «من الرجوع».
(٥) فى ح: «ولا».
(٦) فى ا و ح: «كانوا جميعا ذو» - والمقصود المولى والعبد.
(٧) «محرم» من ا و ب و ح.
(٨) «الكرخى» من ا و ح. وكذا فى السرخسى، المبسوط: ١٢: ٦٠.
(٩) «منهما» من ا و ح.
(١٠) راجع ترجمته فى الجزء الأول فى الهامش ٥ ص ١٩ من المقدمة
(١١) «جميعا» من ا.
(١٢) «الرجوع» ليست فى ا و ح.
(١٣) «للمكاتب وهو» ليست فى ا و ح. وفى ب: «المكاتب وهو».
(١٤) «محرم» من ب.

فإن أدى المكاتب : اعتبر حاله ، لأنه استقر ملكه بالعتق .

وإن عجز : ففي[١] قياس قول أبي حنيفة : يعتبر حال المولى ، كأن الهبة وقعت له من الابتداء . وعند محمد : لا يرجع ، لأن الكسب كان للمكاتب ، وعند العجز ينتقل[٢] إلى المولى.

. . .

ولو وهب الرجل أولاده[٣] ، فسلم إلى الكبار حصتهم ، وقبض هو حصة الصغار - جاز ، لما قلنا . ولكن ينبغي أن يسوى بين أولاده ، في الهبة ، في قول أبي يوسف ، وفي قول محمد : يجزيه إن أعطاهم[٤] على قدر مواريثهم - والله أعلم بالصواب .

---

(١) في ا و حـ : « فعلى » .

(٢) في ا و حـ : « انتقل » .

(٣) في ا و ب و حـ : « لأولاده » .

(٤) في ا و حـ : « أن يعطيهم » .

كتاب

الوديعة

اعلم[١] أن عقد الوديعة مشروع، ومندوب إليه، لأن فيه إعانة لصاحبها[٢] لحفظ[٣] ماله، والله تعالى يقول: «وتعاونوا على البر والتقوى»[٤].

ثم عقد الوديعة استحفاظ من المودع، وائتمان له[٥]، فتكون الوديعة أمانة في يد المودع، لوجود الائتمان من المودع، ويلزمه حفظها[٦]، إذا قبل الوديعة، لأنه التزم الحفظ، فيجب عليه أن يحفظ على الوجه الذي يحفظ ماله، بحرزه، وبيده[٧]، وبيد من كان ماله[٨] في يده - نعني[٩] بحرزه: الذي هو ملكه، أو يستأجره، أو يستعيره، وليس الشرط أن يحفظه

---

(١) في ا و حـ: «قال رحمه الله: اعلم».

(٢) في ا و حـ: «لصاحبه».

(٣) في ا و ب و حـ: «بحفظ».

(٤) المائدة: ٢ والآية: «يا أيها الذين آمنوا لا تحلوا شعائر الله ولا الشهر الحرام ولا الهدى ولا القلائد ولا آمين البيت الحرام يبتغون فضلا من ربهم ورضوانا وإذا حللتم فاصطادوا ولا يجرمنكم شنآن قوم أن صدوكم عن المسجد الحرام أن تعتدوا وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان واتقوا الله إن الله شديد العقاب».

(٥) «له» ليست في ا و حـ.

(٦) في ا و حـ: «الحفظ».

(٧) «وبيده» من ب.

(٨) «ماله» ليست في ا و حـ.

(٩) في ا و ب و حـ: «يعني».

فى الحرز الذى يحفظ[1] فيه ماله. ونعنى بيد[2] من كان ماله فى يده[3]: كل من كان فى عياله، حتى المستأجَر[4] الذى استأجره مشاهرة بنفقته وكسوته، دون الذى استأجره بالدراهم أو المستأجَر مياومة، ويدخل فيه العبد المأذون الذى[5] فى يده ماله، وشريك المفاوضة والعنان[6]، وإن لم يكونوا فى عياله.

• • •

ثم إذا أخرجه من يده، ودفعه إلى غيره، وديعة: يصير ضامنا، لأنه رضى بحفظه، دون حفظ غيره، من غير[7] ضرورة. حتى إذا وقع الحريق ونحوه فى داره[8] فأودع غيره: لا يضمن.

وأما مودع المودع – هل يضمن او هلكت الوديعة؟ فعند أبى حنيفة: لا يضمن. وعند أبى يوسف ومحمد: يضمن، والمالك بالخيار: إن شاء ضمن المودع الأول، وإن شاء ضمن[9] الثانى؛ فإن ضمن الأول: لا يرجع على الثانى، وإن ضمن الثانى: يرجع على الأول.

---

(١) « فى الحرز الذى يحفظ » ساقطة من ا.

(٢) « بيد » ليست فى ا و حـ وفيهما: « يعنى ». وفى ب: « ويعنى بيده ».

(٣) زاد فى ا و ب و حـ هنا: « حتى يدخل فيه ».

(٤) كذا فى ا و ب وفى حـ: « على المستأجر ». وفى الأصل: « حتى إن المستأجر ».

(٥) « الذى » من ا و ب و حـ.

(٦) « والعنان » ليست فى حـ بل فيها « والشريك المفاوض » فقط. وفى ا و ب: « والشريك المفاوض وشريك العنان ». وراجع فيما تقدم ص ٤ وما بعدها.

(٧) « من غير » ليست فى ا و حـ.

(٨) « فى داره » من ا وفيها: « فى داره وأودع عند غيره ». وفى حـ: « فى دار ».

(٩) « ضمن » من ا و ب و حـ.

ولو استهلك الثاني الوديعة: فلصاحب الوديعة الخيار في تضمينها: فإن ضمن الأول: يرجع < الأول > على الثاني[١]. لأنه يصير ملكا له، بالضمان، فكأنه أودع ماله عنده[٢]، وإن ضمن الثاني: لا[٣] يرجع على الأول ـ والمسألة معروفة.

. . .

فإن استرد المودع الأول، من الثاني، وحفظه[٤] بنفسه: يبرأ عن الضمان، عندنا ـ خلافا للشافعي.

وعلى هذا: إذا استعمل الوديعة، بأن ركب الدابة، ولبس الثوب ـ ثم نزل، ونزع: يعود أمينا، عندنا، خلافا للشافعي ـ والمسألة معروفة[٥].

وفي المستأجر والمستعير، إذا خالفا، ثم تركا الخلاف: بقي الضمان ـ وعند بعضهم: هذا[٦] بمنزلة المودع.

. . .

ولو سافر بالوديعة: لا يضمن، عند أبي حنيفة، ولو أودع إنسانا:

---

(١) « وإن ضمن الثاني ... يرجع على الثاني » ليست في ا و ب و حـ ـ راجع: الكاساني ٦: ٢٠٨: ١١ وما بعده.

(٢) « فكأنه ... عنده » ليست في ا و حـ.

(٣) « لا » ليست في ا و ب و حـ. والصحيح ما في المتن (راجع الكاساني ٦: ٢٠٨: ٨ من أسفل).

(٤) في ب: « وحفظ ».

(٥) في ا و ب و حـ زيادة فيها: « والمسألة معروفة: أن المودع إذا خالف في الوديعة ثم عاد إلى الوفاق ».

(٦) في ا و حـ: « هما ».

ضمن . وعندهما[١] : يضمن — والمسألة معروفة[٢] .

. . .

ولو رد الوديعة إلى بيت المودع ، من غير حضرة المودع : يضمن .

وكذا إذا رد إلى يد من فى عيال المالك ، لأنه لم يرض بيدهم حيث أودع ، وفى الإجارة والعارية : لا يضمن ، لعادة الناس ، حتى إن العارية إذا كانت شيئا نفيسا — قالوا : يضمن ، وقيل[٣] أيضا فى الثياب كذلك ، وإنما العادة فى بعض آلات البيت[٤] .

ولو بعث الوديعة مع[٥] من كان فى عياله : لا يضمن .

. . .

ولو قال له[٦] : « احفظها فى هذه الدار ولا تحفظ فى هذا البيت » ، وإنه مثل غيره فى الحرز — <ف> لو حفظ فى غيره : لا يضمن[٧] ، بخلاف الدارين .

ولو قال : « احفظ فى هذا المصر ولا يخرج » — يجب عليه الحفظ[٨] فى

---

(١) « عندهما » ساقطة من ا و حـ . وفيهما : « ويضمن » .

(٢) فى الكاسانى (٦ : ٢٠٩ : ١٥) : « وله أن يحفظ فى الحضر والسفر بأن يسافر بها عند أبى حنيفة سواء كان للوديعة حمل ومئونة أو لم يكن . وعند أبى يوسف ومحمد : إن كان لها حمل ومئونة : لا يملك المسافرة بها ، وإن لم يكن : يملك . وقال الشافعى رحمه الله : لا يملك كيفما كان » .

(٣) فى ب : « وقالوا » .

(٤) زاد فى ا و حـ : « مثل القماش ونحوه » . وفى ب : « مثل القماش » .

(٥) هكذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « إلى » .

(٦) « له » من ب .

(٧) فى ا و حـ : « فى الحرز فحفظه فيه : لا يضمن » .

(٨) « الحفظ » من ب . وفى ا و حـ : « حفظه » .

ذلك المصر، إلا إذا كان ثمة عذر ظاهر، بأن قصد السلطان أخذه، فأخرج<ه> مع نفسه[١].

. . .

ولو قال المودَع: «هلكت الوديعة عندي» أو «رددتها إليك»، وأنكر المودِع وقال: «لا[٢]! بل أتلفتها» - فالقول قول المودَع، لأنه أمين في ذلك، ولكن مع اليمين، لأنه لو أقر بذلك يلزمه، فإن أقام المودِع البينة على الإتلاف: يضمن المودَع[٣]. وكذا إذا حلف المودع على الإتلاف، فنكل. فلو أقام المودع البينة على أنه أتلفها المودع[٤] وأقام المودع[٥] البينة على أنها هلكت، فبينة المودع أولى، لأنها أكثر إثباتا. ولو أقام على إقرار المودع أنها[٦] هلكت: يقبل، ويكون إكذابا لبينته[٧].

ولو طلب المودع يمين المودع: «بالله ما يعلم أنها هلكت» - فالقاضي يحلفه - فإن حلف: يقضي[٨] بالضمان، وإن نكل: يقضي بالبراءة.

---

(١) «مع نفسه» من ا و ب و حـ. وفي الأصل: «وأخرج صح».

(٢) «لا» ليست في ا و حـ. وفي ب: «لا! بل أتلفها».

(٣) في ا و حـ: «وإن أقام المودع البينة على أنها هلكت فبينة المودع أولى».

(٤) «فلو أقام المودع ... المودع» من ا و ب و حـ.

(٥) «وأقام المودع» ساقطة من حـ.

(٦) كذا في ا و ب و حـ. وفي الأصل: «على أنها».

(٧) في حـ كذا: «فقبل ويكون إكذابا بالبينة». وفي ا: «فقبلت ويكون إكذابا بالبينة».

(٨) في ا و ب و حـ كذا: «بقي».

وعلى هذا ـ إذا جَحَدَ الوديعة : فالقول قوله .

ولو أقام المودع البينة على الوديعة : يضمن المودع ـ فإن أقر بالوديعة، وأقام المودع البينة على أنها هلكت قبل جحوده الوديعة : لا يقبل، لأنه بالجحود أكذب بينته[1] . وإن أقام على إقرار المودع ، بذلك : يقبل .

ولو طلب من القاضى أن يحلف المودع «بالله ما يعلم أن الوديعة هلكت قبل جحوده إياها» : يحلفه[2] ـ فإن حلف : يقضى بالضمان ، وإن نكل : يقضى بالبراءة .

. . .

ولو أودع رجلان عند رجل وديعة ، وغابا ، ثم حضر أحدهما : <ف>ليس له أن يدفع إليه حصته ، مالم يجتمعا ، وإن طلب منه عند أبى حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد : له أن يقسم، ويدفع إليه[3] حصته، ولا تصح القسمة فى حق الغائب ، حتى لو هلك النصف الباقى[4] فى يده ، يكون للغائب أن يأخذ من المودع نصفه الآخر[5] .

ولو أودع رجل عند رجلين وديعة مما يقسم ، فلهما أن يقسماه، ويأخذ كل واحد نصفه للحفظ ، لأنه رضى بحفظهما ، وأمكن من هذا الوجه.

---

(١) فى ا و حـ : « أكذب نفسه »

(٢) « يحلفه » من ب .

(٣) « إليه » من ا و ب و حـ .

(٤) « الباقى » ليست فى ا .

(٥) « الآخر » من ب . وفى حـ : « من المودع الآخر نصفه » .وفى ا : « من المودع للآخر نصفه » .

ولو دفع[١] أحدهما كله إلى صاحبه : ضمن النصف عند أبى حنيفة، لأنه رضى بحفظهما، لا بحفظ أحدهما ، وعندهما : لا يضمن .

وأجمعوا أنها إذا كانت لا تقسم: لا يضمن ، لأنه لا يمكن حفظهما[٢] فى مكان واحد ، فكان راضيا بحفظ أحدهما .

وعلى هذا الخلاف فى المرتهنين ،والوكيلين بالقبض .

. . .

ولو خلط الوديعة بمال نفسه : إن كان يمكن التمييز : لا شىء عليه ويميز ، وإن كان لا يمكن التمييز : يضمن الحافظ عند أبى حنيفة مثله لصاحبه[٣] .

وكذلك إذا كانت وديعتان ، فخلط إحداهما بالأخرى : يضمن مثل ذلك لصاحبهما[٤] ، وإذا أدى الضمان : حل له ذلك ،وعندهما : فى الدراهم والدنانير : إن شاء المالك : ضمنه مثله ، وإن شاء : أخذ نصف المخلوط[٥] .

---

(١) فى ا و ح : « أودع » .

(٢) فى ا و ب : « لا يمكنهما حفظها إلا » . وفى ح : « لا يمكنها حفظها إلا » .

(٣) فى ا و ب و ح : « يضمن الخالط عند أبى حنيفة ويضمن مثله لصاحبه » .

(٤) هكذا فى ب . وفيها : « لصاحبهما ومالكهما » ولعلها : « ومالكهما » . وفى الأصل : «فخلط أحدهما يضمن لصاحبه».وما فى ا و ح مثل ما فى ب إلا أن فيهما : « لصاحبها » ـ قال الكاسانى (٦ : ٢١٣ : ١٢) : « ولو أودعه رجلان، كل واحد منهما ألف درهم، فخلط المودع المالين خلطا لا يتميز: فلا سبيل لهما على أخذ الدراهم، ويضمن المودع لكل واحد منهما ألفا ويكون المخلوط له. وهذا قول أبى حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد : هما بالخيار : إن شاءا اقتسما المخلوط نصفين وإن شاءا ضمنا المودع ألفين . وعلى هذا الخلاف سائر المكيلات والموزونات إذا خلطا الجنس بالجنس خلطا لا يتميز ، كالحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والدهن بالدهن » .

(٥) فى ا و ح : « النصف المخلوط » .

وكذا فى الوديعتين، وفى سائر المكيلات[١] والموزونات: إن شاآ ضمنه[٢] كل واحد مثل حقه، وان شاآ باعا[٣] المخلوط وقبضا[٤] الثمن ويأخذ صاحب الحنطة ثمن[٥] الحنطة، غير[٦] مخلوط بالشعير، ويأخذ صاحب الشعير ثمن الشعير غير مخلوط بالحنطة.

. . .

ولو مات المودع، ولم يبين الوديعة: <ف>إن كانت معروفة، وهى قائمة: ترد إلى صاحبها. وإن لم تعرف[٧]: يضمن، ويكون صاحبها شريكا للغرماء - والله تعالى أعلم.

---

(١) فى ب: « في الوديعتين في المكيلات ».

(٢) فى ب: « ضمنا ». وفى ا و حـ: « إن شاء ضمن ».

(٣) فى حـ: « باع ».

(٤) فى ا و ب و حـ: « واقتسما ».

(٥) فى ب: « مثل ».

(٦) « غير » ليست فى ا و ب و حـ ففيها: « الحنطة مخلوطا ». وكذا فى الكاسانى (٦: ٢١٣: ١٩) فقد قال: « ولو أودعه رجل حنطة وآخر شعيرا فخلطهما فهو ضامن لكل واحد منهما مثل حقه عند أبى حنيفة، لأن الخلط إتلاف، وعندهما: لهما أن يأخذا العين ويبيعاها ويقتسما الثمن على قيمة الحنطة مخلوطا بالشعير وعلى قيمة الشعير غير مخلوط بالحنطة لأن قيمة الحنطة تنقص بخلط الشعير وهو يستحق الثمن لقيام الحق فى العين وهو مستحق العين بخلاف قيمة الشعير لأن قيمة الشعير تزداد بالخلط بالحنطة وتلك الزيادة ملك الغير فلا يستحقها صاحب الشعير ».

(٧) في ب: « وإن تغيرت ».

كتاب
العـــــارية

اعلم[١] أن إطلاق اسم العارية فى العرف بطريقين: بطريق الحقيقة، وبطريق المجاز .

أما بطريق[٢] الحقيقة :

فهو إعارة[٣] الأعيان التى ينتفع بها ، مع قيامها ، كالدور والعبيد والدواب ونحوها ، وهو تمليك منافع[٤] الأعيان ، عند عامة المشايخ .

وقال الكرخى[٥] : إنه عقد إباحة ، فإنه ليس للمستعير أن يؤاجر ، ولو كان تمليكا لملك الإجارة[٦] ، كالمستأجر : يملك أن يؤاجر .

لكن هذا ليس بصحيح ، فإنه يملك أن يعير ، ولو كان إباحة لكان لايملك ، كالمباح له الطعام: لا يملك الدفع إلى غيره ، إلا أنه لا يملك

---

(١) فى ا و ح : « قال رحمه الله : اعلم » .

(٢) فى ب : « طريق » .

(٣) فى ا و ح : « عارية » .

(٤) « منافع » من ا و ح .

(٥) فى الكاسانى (٦ : ٢١٤ : ٨ من أسفل) : «وعند الشافعى» . ونسب المرغينانى فى الهداية (٧ : ١٠٠) هذا القول إلى الكرخى أيضاً ، ونسبه قاضى زاده إلى الكرخى والشافعى (نتائج الأفكار ، ٧ : ١٠٠) .

(٦) « الإجارة » من ا و ح .

الإجارة ، لأنه عقد لازم ، والعارية تبرع ، فكيف يملك به ماهو لازم ، فيؤدى إلى تغيير[١] المشروع ؟

ثم العارية أمانة عندنا ، وعند الشافعى : مضمونة ـ وهى مسألة معروفة[٢] .

ولو شرط الضمان فى العارية ـ هل يصح ؟ المشايخ مختلفون فيه .

وأما بطريق المجاز :

فهو إعارة المكيل والموزون ، وكل مالا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه ، فهو قرض حقيقة ، ولكن يسمى عارية مجازا ، لأنه لما رضى بالانتفاع به باستهلاكه[٣] ببدل ، كان تمليكا له[٤] ببدل ، وهو تفسير القرض ، ولا يلزم الأجل فيه ، كما فى العارية[٥] .

. . .

ثم العارية قد تكون مطلقة وقد تكون مقيدة :

فالمطلقة :

أن يستعير شيئا ، ولم يبين أنه يستعمله بنفسه أو بغيره ، ولم يبين كيفية الاستعمال .

وحكمها أنه ينزل منزلة المالك ، فكل ماينتفع به المالك ، ينتفع به

---

(١) فى ا و حـ : « تغير » .

(٢) « وهى مسألة معروفة » من ا و ب و حـ .

(٣) « فهو قرض حقيقة ... به باستهلاكه » ليست فى ا و حـ .

(٤) « له » ليست فى ا و حـ . وفى ب : « منه » .

(٥) راجع فيما تقدم ص ٤٦ — ٤٧

المستعير[١] من الركوب والحمل ، وله أن يركب غيره — ولكن يحمل بقدر المعتاد ، لازيادة عليه ، لأن الزيادة تكون إتلافا[٢] .

. . .

فاما إذا بين أنه يستعمله بنفسه — فهذا على وجهين :

إن كان مما يتفاوت الناس فى استعماله[٣] ، كالركوب واللبس : فإنه يختص به ، ولا يجوز له أن يركب غيره ، وأن يلبس غيره .

وإن كان شيئا لا يتفاوت ، كسكنى الدار : فله أن يعير غيره .

وكذا **إذا سمى وقتا أو مكانا** ، فجاوز[٤] ذلك المكان أو زاد على الوقت : يضمن ، لأن التخصيص مفيد .

فأما إذا بين مقدار الحمل والجنس[٥] : فإن حمله عليه أو زاد[٦] : يضمن ، بقدر الزيادة[٧] . ولو حمل عليه شيئا بخلاف[٨] جنسه : < و > إن كان مثله فى الخفة أو أخف منه : لا يضمن ، وإن كان أثقل منه : يضمن[٩] ، إلا

---

(١) هكذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل كذا : « ينتفع به المعير » .
(٢) فى ا و ب و حـ : « لا زيادة عليه فيكون إتلافا » .
(٣) هكذا فى ا و حـ . وفى الأصل و ب : « فى الاستعمال » .
(٤) في ا و ب و حـ : « فجاوز عن » .
(٥) « والجنس » من ا و ب و حـ .
(٦) فى ا و حـ : « فإن حمل عليه من الجنس المذكور وزاد عليه يضمن » . وفى ب : « فإن حمل عليه من جنس المذكور فزاد يضمن » .
(٧) « بقدر الزيادة » من ب .
(٨) فى ا و ب و حـ : « ولو حمل عليه زيادة معتبرة بخلاف » .
(٩) « يضمن » ساقطة فى ا و حـ .

إذا كان شيئا فيه زيادة[١] ضرر بالدابة[٢]: <ف>يضمن[٣]، وإن كان مثله في الوزن والثقل، بأن استعار دابة ليحمل عليها مائة منٍّ من القطن، فحمل عليها مائة منٍّ من الحديد: فإنه[٤] يضمن، لأن ثقل الحديد يكون في موضع واحد، وثقل القطن يتفرق على جميع ظهرها وبدنها[٥].
وإن كان أثقل منه: <ف>إن كان من الجنس[٦] المذكور: يضمن بقدر الزيادة، وإن كان من خلاف الجنس: يضمن كل[٧] القيمة[٨].

• • •

وليس للمستعير أن يؤاجر[٩] لما ذكرنا — فإن فعل: فهو ضامن من حين سلمه[١٠] إلى المستأجر، ويكون المعير بالخيار: إن شاء ضمن المستعير، وإن شاء ضمن المستأجر، لوجود التعدي منهما[١١] — فإن ضمن المستعير: لم يرجع على المستأجر، لأنه ملك العين بالضمان، فكأنه آجر ملك نفسه فهلك. وإن ضمن المستأجر: <ف>إن كان لا يعلم أنه عارية، يرجع على المستعير،

---

(١) « زيادة » من ا و حـ .
(٢) هكذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « الدواب » .
(٣) « يضمن » ليست في ب و حـ .
(٤) « فإنه » من ب .
(٥) كذا في ا و حـ . وفي الأصل و ب « ظهره وبدنه » .
(٦) في ب و حـ : « جنس » . انظر الهامشين التاليين .
(٧) في ا و حـ : « كل واحد القيمة » . راجع الهامش السابق وانظر الهامش التالي
(٨) « وإن كان أثقل منه ... القيمة » من ا و ب و حـ مع ملاحظة ما ورد في الهامشين السابقين .
(٩) في ا و حـ : « يؤاجرها » .
(١٠) في ا : « من حين سلم » . وفي حـ : « فهو ضامن حين سلم » .
(١١) في ا و حـ : « منها » .

لأنه ضمن الدرك(١) ، بإيجاب عقد فيه بدل ، فيكون غرورا ؛ فأما إذا كان يعلم : فلا يرجع ، لأنه لا غرور فيه ، والرجوع بحكم الغرور .

. . .

ولو استعار أرضا على أن يبني(٢) فيها بناء ، أو يغرس فيها غرسا(٣) — < ف >إما إن كان مطلقا أو مؤقتا إلى عشر سنين ونحوه :

فإن كان مطلقا — فبنى فيها أو(٤) غرس : فلصاحب الأرض أن يستردها ، في أي وقت شاء ، لأن العارية غير لازمة ،وعلى المستعير(٥) أن يأخذ غرسه وبناءه ، لأنه شغل أرض غيره ولم يرض صاحبه بذلك ، وليس للمستعير أن يضمن المعير قيمة غرسه وبنائه ويترك ذلك(٦) عليه ، لأنه لم يوجد منه الغرور(٧) ، لأن العارية تسترد على كل حال(٨) .

وعلى قول مالك : له أن يرجع عليه .

وإن كان مؤقتا — فله أن يسترد أيضا(٩) ، لكن المستعير بالخيار : إن شاء

---

(١) قال الزيلعي (٦ : ٧٠) : « الدرك ضمان الثمن عند استحقاق المبيع » — وبعبارة أخرى : « هو رجوع المشتري بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع » (البابرتي ، العناية ، ٩ : ٨٦) .

(٢) في ا و ح : « ليبني » .

(٣) « فيها غرساً » من ا و ب و ح .

(٤) في ا و ب و ح : « و » .

(٥) في ا و ب و ح : « والمستعير » .

(٦) « ذلك » من ا و ب و ح .

(٧) في ا : « الغرر » . وفي ح : « الفرقة » . وفي ب كذا : « لم يوجد الغير ولأن »

(٨) « على كل حال » من ا و ب و ح .

(٩) في ح : « فله أن يرجع أيضا ويسترده » . وفي ا : « فله أن يرجع أيضا ويسترد » .

ضمن المعير قيمة غرسه ، وبنائه ، ويترك ذلك عليه[١] ، لأنه غره حيث وقت وقتا طويلا ، ثم استرد قبل مضيه ، وإن شاء أخذ غرسه وبناءه[٢] إن[٣] لم[٤] يضر القَلْع بأرض المعير ، فأما إذا كان يضر به[٥] ، فالخيار للمعير : إن شاء أخذ الغرس والبناء ، بالضمان ، وإن شاء رضى بالقطع[٦] .

فأما إذا أعار الأرض ، ليزرع ، فزرع[٧] ، ثم أراد أن يسترد والزرع غير مدرك : <ف> ليس له ذلك ، وتبقى الأرض[٨] فى يده ، بطريق الإجارة ، إلى أن يأخذ الغلة ، لأن هذه مدة يسيرة معلومة فيه[٩] ، وفيه نظر من الجانبين ، بخلاف الغرس والبناء : فإنه[١٠] لو انقلبت إجارة ، يتضرر[١١] به المعير ، لطول المدة .

. . .

وإن اختلف المعير والمستعير فى عدد الأيام ، أو فى مقدار الحمل ، أو فى المكان — فالقول قول المعير ، لأن المستعير قابض[١٢] لنفسه ، فيكون سقوط الضمان بناء على الإذن له[١٣] و[١٤] .

---

(١) فى ا و حـ : « له » . وانظر الهامش التالى .
(٢) « ويترك ذلك ... غرسه وبناءه » ليست فى ب .
(٣) فى ب : « وإن » .
(٤) « لم » ليست فى ا و حـ .
(٥) « به » ليست فى ب .
(٦) فى ا و ب و حـ : « بالقلع » .
(٧) « فزرع » ليست فى ا و حـ .
(٨) « الأرض » من ا و حـ .
(٩) « فيه » ليست فى ا و ب و حـ .
(١٠) فى ا و ب و حـ : « بخلاف العارية فى الغرس فإنه » .
(١١) فى ا و ب و حـ : « لتضرر » .
(١٢) فى ب : « قاض » .
(١٣) « له » ليست فى ا و ب و حـ . (١٤) زاد فى ب : « والله أعلم بالصواب » .

كتاب

الدعوى والبينات

الدعوى(١) **نوعان** : صحيحة ، وفاسدة .

أما الصحيحة ـ <ف>أن يوجد فيها شرائط الصحة ، بأن(٢) يدعى على خصم ، حاضر ؛ وأن يكون المدعى به شيئا ، معلوما ، معينا ؛ وأن يتعلق به حكم على(٣) المطلوب منه(٤) .

والفاسدة(٥) ـ أن لا يكون الخصم حاضرا ، و(٦) أن يكون المدعى به مجهولا ، لأنه لا يمكن للشهود(٧) الشهادة ، ولا للقاضى القضاء به . وأن لا تلزم المطلوب منه ذلك(٨) ، بأن ادعى أنه وكيل فلان ، فالقاضى لا يسمع دعواه ، إذا أنكر الآخر ، لأنه يمكنه عزله للحال(٩) .

• •

---

(١) فى ح و ا : « قال رحمه الله : الدعوى » . راجع فى الدعوى بالتفصيل : الكاسانى ، ٦ : ٢٢١ وما بعدها .

(٢) فى ب : « وهو أن » .

(٣) « على » من ا و ب و ح .

(٤) « منه » ليست فى ا و ب و ح .

(٥) التاء من ا و ب و ح .

(٦) فى ح : « أو » .

(٧) فى ب : « الشهود » .

(٨) فى ا و ب و ح : « وأن لا يلزم المطلوب ذاك » .

(٩) « للحال » ليست فى ب .

ثم إنما **يصير المدعى به معلوما** : إما بالإشارة إليه عند القاضي ، بأن كان منقولا فى الدعوى ، و بالشهادة[١] ، وإن لم يكن منقولا ، نحو العقار والرحى[٢] ونحوهما مما[٣] يمكن معرفته بالتحديد ـ فإعلامه[٤] بذلك ، وهو[٥] فى العقار .

ومالا يمكن معرفته[٦] بالتحديد ، كحجر الرحى[٧] ، فينصب[٨] القاضى أمينا حتى يسمع[٩] الدعوى والبينة ، عند ذلك ، بالإشارة[١٠] .

• • •

ثم **المدعى** من يلتمس ، بدعواه ، إثبات ملك على غيره ، فى العين أو

---

(١) كذا فى ا و حـ . وفى لأصل و ب : « والشهادة » . وانظر فيما يلى الهامش ١٠ .

(٢) كذا فى ا . وفى الأصل و ب : « وحجر الرحى » . وفى حـ كذا : « العقار وحجر الرحاء ونحوهما » .

(٣) فى ا : « فما » . وفى حـ : « فيما » . وفى ب : « نحو العقار وحجر الرحا قال ما يمكن »

(٤) فى حـ و ا : « وإعلامه » .

(٥) فى ب : « وهى » .

(٦) « معرفته » ليست فى ب . وانظر الهامش التالى .

(٧) « وهو فى العقار ... كحجر الرحى » ساقطة من ا و حـ . راجع الهامشين السابقين .

(٨) فى ا و ب و حـ : « فيبعث » .

(٩) فى ا : « يستمع » .

(١٠) العبارة فى الكاسانى (٦ : ٢٢٢ : ٧) : والعلم بالمدعى إنما يحصل بأحد أمرين : إما الإشارة وإما التسمية . وجملة الكلام فيه أن المدعى لا يخلو : إما أن يكون عيناً ، وإما أن يكون ديناً . فإن كان عيناً فلا يخلو : إما إن كان محتملا للنقل ، أو لم يكن محتملا للنقل . فإن كان محتملا للنقل ، فلا بد من إحضاره لتمكن الإشارة إليه عند الدعوى والشهادة فيصير معلوماً بها إلا إذا تعذر نقله كحجر الرحى ونحوه : فإن شاء القاضي استحضره وإن شاء بعث إليه أميناً . وإن لم يكن محتملا للنقل – وهو العقار – فلا بد من بيان حده ليكون معلوماً لأن العقار لا يصير معلوماً إلا بالتحديد ... هذا إذا كان المدعى عيناً . فإن كان ديناً فلا بد من بيان جنسه ونوعه وقدره وصفته لأن الدين لا يصير معلوماً إلا ببيان هذه الأشياء » .

فى الدين ، أو يثبت حقا[١] . **والمدعى عليه** من يدفع ذلك عن نفسه وينفيه[٢] .

وقيل : المدعى من إذا ترك الدعوى يترك . والمدعى عليه من إذا ترك الدعوى لم[٣] يترك .

وذكر محمد أن المدعى عليه هو المنكر .

. . .

إذا ثبت هذا - < ف > نقول :

إذا جاء المدعى ، إلى القاضى ، مع خصمه ، فالقاضى يسأله : ماذا يدعى عليه[٤] ؟ فإذا ادعى المدعى[٥] دعوى ، صحيحة ، على خصم حاضر - سأل المدعى عليه عن جواب المدعى ، وقال : « أجب خصمك بلا أو نعم[٦] » - وما ذكرنا استحسان[٧] . والقياس ماذكر فى الزيادات: أن[٨] المدعى إذا جاء إلى[٩] القاضى مع خصمه ، فإنه لا[١٠] يسأل المدعى : ماذا يدعى؟ حتى يبدأ المدعى بدعواه ، ثم إذا ادعى[١١] دعوى صحيحة ، وسمعها ، لا يسأل المدعى عليه عن جوابه ، مالم يسأل المدعى منه[١٢] ،

---

(١) « حقا » ليست فى ا و ح .

(٢) فى ب : « وبنفسه » . وفى ح كذا : « وبقية » .

(٣) فى ب : « لا » .

(٤) « عليه » ليست فى ب .

(٥) « المدعى » ليست فى ا و ح .

(٦) فى ح : « أو بنعم » . و « بلا أو نعم » ليست فى ا .

(٧) فى ب و ح : « استحسانا » .

(٨) « أن » من ا و ب و ح .

(٩) « إلى » ليست فى ح .

(١٠) « لا » ليست فى ح .

(١١) فى ا و ح : « ثم إذا جاء ادعى » .

(١٢) أى من القاضى وبعبارة أخرى : مالم يطلب المدعى من القاضى - انظر الهامش التالى .

أن يسأل المدعى عليه[١] ، عن جوابه ، لأنه إنشاء[٢] الخصومة . لكن الصحيح هو الاستحسان ، لأن الخصمين ربما يعجزان عن ذلك لمهابة مجلس القاضى .

. . .

فإذا سأل المدعى عليه عن الجواب : فإذا أقر به[٣] أمره[٤] بتسليم المدعى به إلى المدعى[٥] . وإن أنكر سأل المدعى عن البينة عند أبى حنيفة ، وعندهما : يحلف المدعى عليه ، إذا طلب المدعى منه الحلف - لأن عنده : إذا قال المدعى : « لى بينة حاضرة فى المصر » ، فالقاضى لا يحلفه[٦] ، وعندهما : يحلفه[٧] ، فلذلك يسأل .

---

(١) فى ب : « أن يسأل المدعى من المدعى عليه » . وفى ا : « أن يسأل عن المدعى عليه » . وعبارة الكاسانى (٦ : ٢٢ : ٩ من أسفل) : « وهل يسأله القاضى الجواب قبل طلب المدعى؟ ذكر فى أدب القاضى أنه يسأله ، وذكر فى الزيادات أنه لا يسأله مالم يقل المدعى : اسأله عن دعواى - وعلى هذا إذا تقدم الخصمان إلى القاضى هل يسأل المدعى عن دعواه ؟ فى أدب القاضى أنه يسأله ، وفى الزيادات أنه لا يسأله - ويعرف ذلك فى كتاب أدب القاضى وسيأتى » وفى كتاب أدب القاضى قال الكاسانى (٧ : ١٣ : ١٢) : « وإذا تقدم إليه الخصمان هل يسأل المدعى عن دعواه ؟ ذكر فى أدب القاضى أنه يسأل وذكر فى الزيادات أنه لا يسأل . وكذا إذا ادعى دعوى صحيحة هل يسأل المدعى عليه عن دعوى خصمه ؟ ذكر فى آداب القاضى أنه يسأل ، وذكر فى الزيادات أنه لا يسأل حتى يقول له المدعى : سله عن جواب دعواى - وجه ما ذكر فى الزيادات أن السؤال عن الدعوى إنشاء الخصومة والقاضى لا ينشىء الخصومة . وجه ما ذكر فى الكتاب أن من الجائز أن أحد الخصمين يلحقه مهابة مجلس القضاء فيعجز عن البيان دون سؤال القاضى فيسأل عن دعواه » .

(٢) كذا فى حـ و ا . وهى فى الأصل و ب غير مهموزة فيحتمل أن تكون فيهما مثل مافى ا و حـ ويحتمل أن تكون : « أنشأ » .

(٣) « به » ليست فى ا و ب - وانظر الهامش التالى .

(٤) الهاء من ب وفيها : « فإن أقر أمره ... » .

(٥) « وإذا سأل المدعى عليه ... إلى المدعى » ليست فى حـ .

(٦) و (٧) كذا فى ا و ب و حـ - والهاء (الضمير) غير واضحة فى الأصل .

فإذا قال : « لا بينة لى » أو « ليس لى بينة حاضرة » ـ فإنه يحلف المدعى عليه ، إذا طلب المدعى اليمين[١] ، لأن اليمين حقه ، فلا بد من طلبه . فإذا حلفه : فإن[٢] حلف : تنقطع الخصومة إلى وقت[٣] إقامة البينة . وإن نكل : يقضى عليه بالنكول عندنا ، فى الأموال ، وعند الشافعى : يرد اليمين إلى المدعى : فإذا حلف : يقضى له . وفى القصاص فى[٤] الطرف : يقضى بالنكول ، أيضا ، عند أبى حنيفة ـ وعندهما : يقضى بالدية[٥] . وأما فى النفس : < ف > عندهما[٦] : يقضى بالدية أيضا . وعنده : لا يقضى بالقصاص[٧] ولا بالدية ، ولكن يحبس حتى يقر أو يحلف . وكذا لا يقضى بالنكول فى الأشياء السبعة عند أبى حنيفة[٨] ، وعندهما : يقضى . وأجمعوا أنه لا يقضى بالنكول[٩] فى الحدود .

وعلى هذا ـ الاستحلاف[١٠] عنده : لا يستحلف فى الأشياء السبعة ،

---

(١) « اليمين » ليست فى ا و ب و حـ .

(٢) الفاء من حـ . وفى ا : « فإذا حلفه فحلف » .

(٣) « وقت » ليست فى ا و حـ .

(٤) كذا فى ب . وفى الأصل كذا : « وفى القصاص بالطرف » . انظر الهامش بعد التالى .

(٥) فى ب : « بالمال » .

(٦) « فى الطرف يقضى ... فى النفس عندهما » ليست فى ا و حـ .

(٧) فى ا و ب و حـ : « لا بالقصاص » .

(٨) سيأتى بيانها فى المتن بعد قليل ـ وراجع ص ٢٢٥ ـ ٢٢٦ من الجزء الثانى وخصوصا الهامش ١ ص ٢٢٦ . ففيه بيان هذه الأشياء نقلا عن الكاسانى (٢ : ٢٤٣ ـ ٢٤٤) .

(٩) « بالنكول » ليست فى ا و حـ .

(١٠) فى ب : « الاستخلاف » . وفى ا و حـ : « الاختلاف » .

وهى[١] : النكاح ، والرق ، والولاء ، والنسب ، والرجعة ، والفىء فى الإيلاء[٢] ، والاستيلاد[٣] ـ لأن الاستحلاف لأجل النكول ، وهو بذل[٤] وإباحة عند أبى حنيفة ، ولا يجرى[٥] ذلك[٦] فى هذه الأشياء . وعندهما : هو بمعنى الإقرار الذى فيه شبهة ، وهذه الأشياء مما يثبت بدليل فيه شبهة ـ وهذا مما يعرف فى الخلافيات[٧]

. . .

ثم الدعوى إما أن تكون فى ملك مطلق[٨] أو بسبب ، مع التاريخ أو بدونه ، ولا يخلو : إما إن كان<ت>[٩] من[١٠] الخارج على ذى اليد ، أو من الخارجين على ذى اليد[١١] ، أو من صاحبي اليد : أحدهما على صاحبه[١٢] .

---

(١) كذا في ا و ح . وفي الأصل و ب : « وهو » .

(٢) في ا : « والا يلاء » وراجع « باب الإيلاء » ص ٣٠٥ وما بعدها من الجزء الثانى .

(٣) راجع فى الاستيلاد ص ٤٠٦ وما بعدها من الجزء الثانى . وراجع فيما تقدم الهامش ٨ ص ٢٩٣ وفى الجزء الثانى ص ٢٢٥ ـ ٢٢٦ .

(٤) في ب : « بدل » .

(٥) فى ا و ح : « ولا يجزى » .

(٦) « ذلك » من ا و ب و ح .

(٧) في ب : « وهى تعرف في المختلف » .

(٨) يريد بالملك المطلق أن يدعى الملك من غير أن يدعى السبب ، بأن يقول : هذا ملكي ولا يقول : هذا ملكى بسبب الشراء أو الإرث أو نحو ذلك ـ لأن المطلق ما يتعرض للذات دون الصفات لا بالنفى ولا بالإثبات (الشلبى على الزيلعى ، ٤ : ٢٩٤) .

(٩) في ا و ح : « يكون » .

(١٠) « من » من ا و ب و ح .

(١١) « ذى اليد » ليست في ح . و« على ذى اليد » ليست في ا .

(١٢) راجع فيما يصعب فهمه من المسائل الآتية : الكاساني ، ٦ : ٢٣٢ وما بعدها .

أما إذا كان الدعوى في ملك مطلق[١] - < فنقول > :

إن كان<ت> من[٢] الخارج على ذي اليد ، بلا تاريخ : فبينة الخارج أولى ، عندنا - وعند الشافعي : بينة ذي اليد أولى - وهي مسألة معروفة[٣] .

وعلى هذا الخلاف: إذا أرخا ، وتاريخهما سواء، لأنه لم[٤] يثبت سبق أحدهما ، فبقي<ت> دعوى ملك مطلق[٥] .

فأما إذا كان تاريخ أحدهما أسبق : فهو أولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وهو قول محمد أولا، ثم رجع بعد رجوعه من الرقة[٦] وقال[٧] : لا تقبل بينة ذي اليد على وقت ولا[٨] غيره إلا في النتاج[٩] - كذا ذكر ابن

(١) انظر فيما تقدم الهامش ٨ من الصفحة السابقة .

(٢) « من » من ا و ب و حـ .

(٣) « وهي مسألة معروفة » من ا ب و حـ . وحجة الحنفية أن البينة حجة المدعي، وذو اليد ليس بمدع . فالتحقت بينة ذي اليد بالعدم ، فبقيت بينة الخارج بلا معارض ، فوجب العمل بها (راجع في تفصيل ذلك : الكاساني ، ٦ : ٢٣٢ : ٢٠ - ٢٣٣) .

(٤) « لم » ساقطة من ا و حـ .

(٥) انظر فيما تقدم الهامش ٣ . وراجع الكاساني ، ٦ : ٢٣٣ : ٣ .

(٦) ولى محمد القضاء للرشيد بالرقة فأقام بها مدة ثم عزل عنها ثم سار معه إلى الري وولاه القضاء بها فتوفي بها سنة ١٨٧ هـ . وهو ابن ثمان وخمسين سنة (الجواهر) . والرقة واسطة ديار ربيعة وسميت المسائل التي جمعها محمد في الرقة « الرقيات » نسبة إليها (المغرب) - راجع في ترجمة محمد حـ ا ص ٧ هامش ٥ .

(٧) « وقال » ليست في ا و حـ .

(٨) « لا » من ا و حـ ففي الأصل و ب : « وغيره » .

(٩) في ا و حـ : « إلا في الدعوى - كذا » . وسيأتي الكلام على دعوى النتاج فيما بعد (ص ٣٠٧ وما بعدها) .

سماعة [١] . و [٢] ذكر محمد هذه المسألة فى كتاب الدعوى، وقال: عند أبى حنيفة : يقضى بها للخارج ، ثم رجع وقال : يقضى بها [٣] لصاحب اليد — وهو قول محمد أى قوله [٤] الأول ، لأن بينة صاحب اليد أثبتت [٥] أنه أول [٦] المالكين [٧] .

وأما اذا وقت أحدهما، ولم يوقت الآخر :فعند [٨] محمد: لاعبرة لتاريخ صاحب اليد . فالخارج أولى [٩] . وعند أبى يوسف : بينة صاحب الوقت أولى [١٠] . وعن أبى حنيفة روايتان : فى رواية مع محمد ، وفى رواية مع أبى يوسف .

• • •

---

(١) انظر الكاسانى ، ٦ : ٢٣٣ : ٦ وما بعده .
(٢) « و » ليست في حـ .
(٣) فى ب : « به » .
(٤) في ب : « في قوله »
(٥) في ب : « تثبت » .
(٦) في ب : « أولى » .
(٧) « وذكر محمد هذه المسألة ... أول المالكين » ليست فى الكاسانى (راجع الكاسانى ٦ : ٢٣٣ : ٤ – ٧) .
(٨) الفاء من ا و ب و حـ .
(٩) لأن الملك المطلق يحتمل التأخير والسبق ، لجواز أن صاحب البينة المطلقة لو وقتت بينته كان وقتها أسبق ، فوقع الاحتمال فى سبق الملك الموقت ، فسقط اعتبار الوقت ، فبقى دعوى مطلق الملك ، فيقضى للخارج (الكاسانى ، ٦ : ٢٣٣ : ١٣ – ١٥) . وانظر فيما يلى ص ٢٩٧ .
(١٠) « أولى » ليست في حـ . وجه قوله أن بينة صاحب الوقت أظهرت الملك له فى وقت خاص لايعارضها فيه بينة مدعى الملك المطلق بيقين بل تحتمل المعارضة وعدمها لأن الملك المطلق لا يتعارض للوقت ، فلا تثبت المعارضة بالشك فتثبت بينة صاحب التاريخ بلا معارض فكان صاحب التاريخ أولى (الكاسانى ، ٦ : ٢٣٣ : ٩ – ١١ وكذا ٢٣٦ – ٢٣٧) .

أما إذا كانت الدعوى من الخارجين في ملك مطلق، بلا تاريخ، أو تاريخهما سواء، والشيء في يد الثالث[١]: فهو بينهما نصفان، عندنا[٢].

وللشافعي فيه قولان: في قول: تهاترت البينتان[٣]، وتبقى في يد صاحب اليد قضاء ترك، وفي رواية: يقرع بينهما ويقضى للذي[٤] خرجت له القرعة[٥] — والمسألة معروفة[٦].

وأما إذا كان تاريخ أحدهما أسبق: فهو أولى، بالاتفاق، لأن بينة الخارجين مسموعة، فيترجح[٧] أحدهما بالتاريخ[٨].

وأما إذا وقت أحدهما، دون الآخر: فهما سواء عند أبي حنيفة، ولا عبرة بالتاريخ، لجواز أن يكون[٩] الآخر لو وقت كان تاريخه أسبق. وعند أبي يوسف: صاحب الوقت أولى. وعند محمد: الذي أطلق أولى، لأن الملك المطلق ملك من الأصل حكما[١٠] حتى يستحق الزوائد به[١١].

• • •

(١) في ا و ب و حـ: «ثالث».

(٢) راجع فيما تقدم ص ٢٩٥.

(٣) في حـ: «البينات» — وتهاترت البينات تساقطت وبطلت (المصباح).

(٤) في حـ: «الذي».

(٥) في ا و حـ: «خرجت قرعته».

(٦) راجع الكاساني، ٦: ٢٣٦.

(٧) الفاء من ا و ب و حـ.

(٨) انظر فيما تقدم ص ٢٩٥. وراجع الكاساني، ٦: ٢٣٦: ٢٧.

(٩) «يكون» ليست في ا و ب و حـ.

(١٠) في ا: «ملك الأصل حكما». وفي حـ: «ملك الحكم أصلا».

(١١) راجع فيما تقدم الهامش ٩ و ١٠ ص ٢٩٦ والكاساني، ٦: ٢٣٦: السطر الأسفل — ٢٣٧.

وأما إذا كان الشيء فى أيديهما ، فأقام كل واحد منهما البينة أنه[1] له:

فإنه يقضى لكل واحد منهما بنصف ما[2] فى يد صاحبه ، لأنه خارج فى ذلك النصف[3] .

ولو أقام أحدهما البينة : يقضى له بنصف ما[4] فى يد صاحبه ، ومافى يده يترك فى يده[5] قضاء ترك .

ولو لم يكن لهما بينة : قضى بينهما نصفين[6] ، قضاء ترك ، حتى لو أقام أحدهما البينة على صاحبه ، بعد ذلك ، تقبل[7] .

وكذا إذا أرخا ، وتاريخهما سواء .

وأما إذا كان تاريخ أحدهما أسبق : فعند أبى حنيفة وأبى يوسف : صاحب الوقت الأول ، أولى . وقال محمد : لا يعتبر الوقت فى حق صاحب اليد ، فكان بينهما .

وأما إذا كان لأحدهما[8] وقت دون الآخر - فعند أبى حنيفة ومحمد : لا عبرة للوقت ، فيكون[9] بينهما . وقال أبو يوسف : هو لصاحب الوقت .

(١) في الأصل و ا و ب و حـ : « أنها » . وما أثبتناه في المتن هو ما قدرنا أنه الصحيح

(٢) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « بما » .

(٣) « النصف » ليست في ا . راجع فيما تقدم ص ٢٩٥ و ٢٩٧ .

(٤) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « بما » .

(٥) « في يده » ليست في ا و حـ .

(٦) في ا و حـ : « نصفان » .

(٧) لأنه لم يصر مقضيا عليه حقيقة . راجع فى ذلك الكاسانى ، ٦ : ٢٤٠ : ٢ من أسفل - ٢٤١ .

(٨) في حـ : « أحدهما » .

(٩) في ب : « ويكون » .

وأما إذا كان دعوى الملك بسبب :

فإن[1] **كان السبب هو الإرث : فإن كان**[2] **أحدهما خارجا ، والآخر صاحب اليد** ، وأقام كل واحد منهما البينة[3] أنه ملكه : مات أبوه وتركه[4] ميراثا له : فهو للخارج، في قول أصحابنا جميعا[5] ، لأن كل واحد منهما يثبت الملك للميت[6] ،مطلقا ، فصار كما لو حضر المالكان وادعيا ملكا[7] مطلقا : يكون للخارج[8] - كذا هذا[9] .

وكذا[10] إذا أرخا ، وتاريخهما سواء[11] ، أو[12] ذكر أحدهما الوقت دون الآخر[13] .

---

(١) الفاء من ا و ب و حـ .

(٢) « كان » ليست في حـ .

(٣) « البينة » من ا و ب و حـ .

(٤) الهاء من ا و ب و حـ .

(٥) « جميعا » من ا و ب و حـ . راجع الكاساني ، ٦ : ٢٣٣ : ١٩ و ٢٣٧ : ٦وفيما يلي الهامش ٨ .

(٦) في ا و ب و حـ : « ملك » .

(٧) « ملكا » من ا و حـ .

(٨) راجع فيما تقدم ص ٢٩٧ والكاساني ، ٦ : ٢٣٦ : ١٦ وفيما تقدم الهامش ٥ .

(٩) في ا و حـ : « هنا » .

(١٠) « وكذا » ليست في ب .

(١١) لأنه سقط اعتبار الوقتين للتعارض فبقي دعوى ملك مطلق (الكاساني ٦ : ٢٣٣ : ٢٠ - ٢١ . وراجع فيما تقدم ص ٢٩٥ و ٢٩٧ و ٢٩٨ .

(١٢) في ب و حـ : « و » .

(١٣) راجع الكاساني ، ٦ : ٢٣٣ : ٢٤ - ٢٦ . و ٢٣٧ : ١٥ . وراجع فيما تقدم ص ٢٩٦ و ٢٩٧ و ٢٩٨ .

وأما إذا كان تاريخ أحدهما أسبق : فهو لصاحب الوقت الأول[1] عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وفي قول محمد الآخر[2] : للخارج[3].

وأما إذا كانا خارجين ، في دعوى الميراث ، **على ثالث** ، و[4] وقت أحدهما أسبق : فهو له في قول أبي حنيفة وأبي يوسف[5] ، وعند محمد روايتان: في ظاهر الرواية : قال[6] في الميراث: ذلك كله سواء وهو بينهما نصفان . وفي نوادر هشام : إن لم يؤرخا[7] ملك الميتين : فهو بينهما نصفان ، وإن أرخا ملك الميتين : فهو لصاحب التاريخ الأول[8].

وكان أبو بكر الرازي[9] يفرق لمحمد[10] بين الميراث من[11] اثنين ،

(١) « لصاحب الوقت الأول » ليست في ب .

(٢) في ب و حـ : « الأخير » .

(٣) لأن دعوى الإرث دعوى ملك الميت ، فكل واحدة من البينتين أظهرت ملك الميت ، لكن قام الوارث مقام الميت ، فكأن الوارثين ادعيا ملكا مطلقا أو موقتا من غير سبب (الكاساني ، ٦ : ٢٢٣ : ٢١ وكذا ٢٣٧ : ١٠) . وراجع فيما تقدم ص ٢٩٥ و ٢٩٧ و ٢٩٨ .

(٤) « و » ليست في حـ .

(٥) لأن الوارث بإقامة البينة يظهر الملك للمورث لا لنفسه ، فيصير كأنه حضر المورثان وأقام كل واحد منهما بينة مؤرخة ، وتاريخ أحدهما أسبق ، ولو كان كذلك لقضى لأسبقهما وقتا ، لإثباته الملك في وقت لا تعارضه فيه بينة الآخر – كذا هذا (الكاساني ، ٦ : ٢٣٧ : ١٣).

(٦) في ب : « في ظاهر الرواية أنه قال » .

(٧) في ا و حـ كذا : « إن لم يكن ورّخا » .

(٨) راجع فيما تقدم الهامش ٣ . والكاساني ، ٦ : ٢٣٧ : ١٠ .

(٩) راجع ترجمته في الهامش ٣ . ص ٢٠٦ من الجزء الأول .

(١٠) « لمحمد » ليست في ا و حـ .

(١١) في ا و حـ : « بين » .

وبين الشراء من[1] اثنين[2] ـ قال في الميراث : بينهما نصفان ، وفي شراء الخارجين من رجل[3] واحد : إنه لصاحب الوقت الأول . لأن المشترى يثبت الملك لنفسه ، والوارث يثبت[4] الملك للميت .

لكن روى عن محمد في « الإملاء » في الخارجين إذا أقاما[5] البينة على الشراء من واحد[6] ، وأرخا : أن التاريخ لا يقبل إلا أن يؤرخا[7] ملك البائع ـ و[8] سوى بينه وبين الميراث[9] .

. .

وأما إذا كان السبب هو الشراء ـ بأن[10] ادعى الخارج الشراء من صاحب اليد ، وهو منكر : يقبل .

ولو ادعى صاحب اليد الشراء من خارج : يقبل أيضا ، لأنه يصح تلقى للملك من جهته .

---

(١) في ا و حـ : « بين »

(٢) في حـ : « الاثنين » .

(٣) في ا : « وفي الشراء من رجل » . وفي حـ : « وفي الشراء الخارجين من رجل » .

(٤) « يثبت » ليست في ا و حـ . وفي ا : « والوارث الخارجين الملك ... الخ » .

(٥) في ا : « إذا أقام » .

(٦) في ب : « من آخر » .

(٧) في ا و حـ : « إلا إذا أرخا » .

(٨) « و » ليست في ا و حـ .

(٩) في الكاساني (٦ : ٢٣٨ : ١٥) : « وعن محمد في الإملاء أنه سوى بين الميراث والشراء ، وقال : لا عبرة بالتاريخ في الشراء أيضا إلا أن يؤرخا ملك البائعين » — وزاد هنا في ب : « والله تعالى أعلم » .

(١٠) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل كذا : « فإذ » .

فأما إذا ادعى كل واحد منهما الشراء من صاحبه ، من غير تاريخ: فلا يقضى بالبينتين[١] عند أبي حنيفة وأبي يوسف وترك[٢] المدعى به[٣] في يد صاحب اليد[٤] .

وعند محمد: يقضى بالبينتين جميعا ، لأنه يمكن تصحيحهما ، ويجعل[٥] كأن الخارج باع من صاحب اليد ، وسلم إليه ، ثم باع صاحب اليد منه، ولم يسلم إليه ، فيؤمر[٦] بالتسليم إليه[٧] ، ولا يمكن على العكس ،لأن بيع العقار قبل القبض ، عنده ، لا يجوز[٨] .

وأما إذا أرخا ، وتاريخ أحدهما أسبق : فإنه يقضى لآخرهما[٩] وقتا: أيهما[١٠] كان ، والبيع الثاني ينقض البيع[١١] الأول عندهما[١٢] . وقال

---

(١) في ا و ب و حـ : « من غير تاريخ ولا قبض ، تهاترت البينتان (في حـ : البينات) عند أبي حنيفة » .

(٢) في ا و حـ : « ويترك » .

(٣) « به » من ا و حـ .

(٤) راجع الكاساني ، ٦ : ٢٣٤ .

(٥) في ب : « فيجعل » .

(٦) في ا و حـ : « ويؤمر » .

(٧) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « منه » .

(٨) راجع الكاساني ، ٦ : ٢٣٣ — ٢٣٤ . وانظر فيما بعد الهامش ٣ ص ٣٠٣ .

(٩) في حـ كذا : « لأحدهما » .

(١٠) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل تشبه : « أينما » .

(١١) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « ينقص بيع الأول » .

(١٢) « عندهما » ليست في ب .

محمد: يقضى بها للخارج - وفى المسألة تفصيل[١] لم يذكره[٢] الكرخى[٣].

وأما إذا أقاما البينة على الشراء و[٤] القبض - فعندهما: تهاترت

البينتان[٥]، والمدعى لمن هو فى يده. وعند محمد: يقضى بها للذى[٦] فى يده، والثمن بالثمن قصاصا، كأن[٧] الخارج اشتراها من الداخل، فقبضها[٨]، ثم اشتراها الداخل منه، وقبض، لأن المذهب عنده أن القبض الموجود منهما[٩] أمكن أن يجعل قبض بيع، يجعل، حملا لأمر[١٠] العاقل على الصحة[١١].

---

(١) « تفصيل » ليست فى ب.

(٢) الهاء من ب.

(٣) الفرض فى هذه المسألة أنه لم يذكر قبض.

فإن كان وقت الخارج أسبق: فعند أبى حنيفة وأبى يوسف: يقضى لصاحب اليد. وعند محمد: يقضى للخارج. أما عند أبى حنيفة وأبى يوسف فلأن وقت الخارج إذا كان أسبق جعل كأنه اشترى أولا ولم يقبضها حتى باعها من صاحب اليد. وأما عند محمد فلأن وقت الخارج إذا كان أسبق فإنه جعل كأنه اشترى الدار أولا ولم يقبضها حتى باعها من صاحب اليد، وبيع العقار قبل القبض لا يجوز عند محمد، وإذا لم يجز بقى على ملك الخارج. وعندهما ذلك جائز، فصح البيعان.

وإن كان وقت صاحب اليد أسبق: يقضى بها للخارج. لأنه إذا كان وقته أسبق يجعل سابقا فى الشراء كأنه اشترى من الخارج وقبض ثم اشترى منه الخارج ولم يقبض فيؤمر بالدفع إليه (الكاسانى ٦: ٢٣٢).

(٤) فى ح: « أو ».

(٥) فى ح: « البينات ».

(٦) فى ب: « وهى لتى ». وفى ا: « وهى للذى ». وفى ح: « وهى الذى ».

(٧) فى ا و ب و ح: « والألف بالألف قصاص فيجعل كأن ».

(٨) فى ا و ب و ح: « وقبضها ».

(٩) فى ب و ح: « منهما ».

(١٠) فى ا و ح: « اقول ». وفى ب كذا: « يجعله حملا لامن العاقد ».

(١١) راجع الكاسانى ٦: ٢٣٢.

وأما الخارجان إذا ادعيا[١] الشراء على صاحب اليد[٢] : فإن كان واحدا ، وأقاما[٣] البينة على الشراء منه ، بثمن معلوم ، ولم يذكرا[٤] التاريخ ولا القبض ـ فإنه يجعل بينهما نصفين ، عندنا .

وعند الشافعي : في قول : تهاترت[٥] البينتان[٦] . وفي قول : يقرع بينهما.

فأما إذا أرخا وتاريخ أحدهما أسبق : فهو له .

وكذا إذا وقت أحدهما ، دون الآخر : فهو لصاحب الوقت ، لأنه ثبت[٧] سبق بيع أحدهما ، وبيع الآخر معنى حادث ، ولا يعلم تاريخه فيحكم به[٨] للحال .

وأما إذا لم يكن لواحد منهما تاريخ[٩] ، ولكن له قبض ، بأن كان في يد أحدهما : فهو أولى ، لأنه يحمل على قبض البيع[١٠] ، والبيع الثاني[١١] حادث ، ولم يعرف[١٢] تاريخهما ، فجعل كأن بيع صاحب القبض أسبق .

(١) كذا في ب و ا ـ و « ادعيا » في الأصل ناقصة الدال . وانظر الهامش التالي .
(٢) « الخارجان ... اليد » ليست في حـ ومكانها فيها بياض .
(٣) في ا : « فإن كان كل واحد منهما أقام » . وفي حـ كذا : « فإن كان نكل واحد منهما أقام » .
(٤) في ا و ب و حـ : « ولم يذكر » .
(٥) في ب : « تتهاتر » .
(٦) في حـ و ا : « البينات » .
(٧) في حـ و ا : « أثبت » .
(٨) في ب : « له » .
(٩) في ب : « تاريخا » .
(١٠) في ا و حـ : « المبيع » .
(١١) « الثاني » من ا و حـ .
(١٢) في ا و حـ : « ولم يعلم » .

فإن[1] ذكر الآخر تاريخا ، ولأحدهما تاريخ[2] ، وللآخر[3] قبض : لم يعتبر التاريخ إلا أن يشهدوا أن بيعه كان قبل بيع الذى الشىء فى يده ، فيقضى له به ، ويرجع الآخر بالثمن على البائع .

فأما إذا ادعى كل واحد منهما الشراء ، من رجل غير الذى ادعى عليه صاحبه ، وأقاما البينة - فهو بينهما نصفان ، لأن المشتريين قاما مقام البائعين ، كأنهما حضرا وأقاما البينة ، والمال بينهما نصفان[4] .

ولو أرخا وتاريخ أحدهما[5] أسبق : يكون له عند أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد - وهذه[6] رواية الأصول . وقد ذكرنا فرق أبى بكر الرازى ورواية الإملاء عن محمد ، فى هذا الفصل ، فلا نعيده[7] .

. . .

ثم[8] فى هذه المسائل - فى الشراء : يثبت الخيار لكل واحد من مدعى[9] الشراء ، لأنه يدعى شراء الكل ، فلا يرضى بالنصف ، مع

---

(١) في ا و حـ : « وإن كان » .
(٢) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل تشبه : « تاريخه » .
(٣) فى حـ : « والآخر » .
(٤) « لأن المشترين ... نصفان » ساقطة من ب . وانظر الهامش التالى . وراجع الكاسانى ، ٦ : ٢٣٧ .
(٥) « كأنهما حضرا .. وتاريخ أحدهما » ساقطة من ا و حـ . وفيهما مكانها : « فأيهما » ويظهر أنها تحريف : « كأنهما » .
(٦) فى ا : « وهذا ذكر فى » .
(٧) راجع فيما تقدم ص ٢٩٩ - ٣٠٠ . وانظر الكاسانى ، ٦ : ٢٣٧ .
(٨) « ثم » ليست فى حـ .
(٩) في حـ : « ممن يدعي » .

الشركة ، وهى[١] عيب : فإن اختار أخذ[٢] النصف : يرجع على البائع بنصف الثمن ، لاستحقاق نصف المبيع . وإن اختار الرد : رجع بجميع الثمن[٣] لانفساخ البيع . وإن اختار أحدهما الرد والآخر الأخذ : <ف> إن كان قبل تخيير الحاكم لهما ، والحكم لهما نصفين[٤] : فإنه يأخذ جميع المبيع[٥] ، بجميع الثمن ، لأنه استحقه ، بحكم العقد . وإنما امتنع لأجل المزاحمة ، فإذا ترك الآخر الخصومة[٦] ، فله ذلك ، بحكم العقد . فأما إذا كان بعد حكم الحاكم بينهما : <ف> يأخذ النصف ، بنصف الثمن ، لأنه ، بحكمه ، ينفسخ[٧] العقد[٨] ، فى النصف ، ولا[٩] يعود إلا بالتجديد .

وأما دعوى النتاج[١٠] :

فإن ادعى الخارج ، وذو اليد ، النتاج فى دابة : فهى[١١] لصاحب اليد ،

---

(١) فى ب : « وهو » .
(٢) في ب : « أحدهما » .
(٣) فى ا و حـ : « رجع بثمن المبيع » . وانظر الهامش بعد التالى .
(٤) فى حـ : « والحكم بينهما نصفان » . وفى ا : « والحكم بينهما نصفين » . وانظر الهامش التالى .
(٥) « بجميع الثمن ... جميع المبيع » ساقطة من ب .
(٦) فى حـ : « للخصومة » .
(٧) فى ا و حـ : « لأنه يحكم بفسخ » .
(٨) فى ا و ب و حـ : « عقده » .
(٩) فى ا و ب و حـ : « فلا » .
(١٠) انظر الهامش التالى .
(١١) فى ا و حـ : «فهو» . وفى الكاسانى (٦ : ٢٣٤ : ١٣-١٤) أن النتاج هو الولادة فى الملك . وفى المغرب : النتاج ، اسم لجمع وضع الغنم والبهائم كلها - عن الليث وغيره . ثم سمى =

لأنهما ادعيا أولية الملك[١]، فاستويا فى الدعوى، فيرجح باليد[٢] ـ وفى عين[٣] هذه المسألة ورد حديث جابر[٤] عن النبي عليه السلام[٥].

وإن ادعى أحدهما النتاج : فهو[٦] لصاحب اليد، أيهما كان، لما ذكرنا[٧].

= به المنتوج... وقد نتج الناقة نتجا إذا ولى نتاجها حتى وضعت فهو ناتج وهو للبهائم كالقابلة للنساء. والأصل نتجها ولدا معدى إلى مفعولين... فإذا بني المفعول الأول قيل: نتجت ولدا إذا وضعته... ومنه قول الفقهاء : ولو أقام البينة فى دابة أنها نتجت عنده أى ولدت ووضعت - وهذا التقرير لا تعرفه إلا فى هذا الكتاب. ومن الناتج قول شريح : الناتج أولى من العارف : عنى به من نتجت عنده أو نتجها هو وبالعارف الخارج الذى يدعى ملكا مطلقا دون النتاج وإنما سمى عارفا لأنه قد كان فقده فوجده فلما وجده عرفه ».

(١) كذا فى ب. وفى الأصل : « اليد ». وانظر الهامش التالى

(٢) « لأنهما ادعيا ... باليد » ليست فى ا و ح. وفى الكاساني (٦ : ٢٣٤ : ١٦) : « يقضي لصاحب اليد لأن البينة القائمة على النتاج قائمة على أولية الملك، وقد استوت البينتان فى إظهار الأوليه فتترجح بينة صاحب اليد باليد، فيقضى ببينته ».

(٣) فى ح : « وفى العين ». وفى ب : « وفى هذه المسألة ».

(٤) هو جابر بن عبد الله الصحابى ابن الصحابى - أحد المكثرين الرواية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم. وروى عنه جماعات من أئمة التابعين منهم سعيد بن المسيب. وتوفى بالمدينة سنة ٧٣ هـ. (أو ٧٨ أو ٦٨) وهو ابن اربع وتسعين سنة (النووى، التهذيب).

(٥) «روى عن جابر رضى الله عنه أن رجلا ادعى بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم نتاج ناقة فى يد رجل وأقام البينة عليه، وأقام ذو اليد البينة على مثل ذلك - فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالناقة لصاحب اليد» الكاسانى، ٦ : ٢٣٤ : ١٧ وما بعده وفيه تفصيل وبيان.

(٦) كذا فى ا و ح. وفى الأصل و ب : « فهى ».

(٧) فى الكاساني (٦ : ٢٣٤ : ٢٣) : « ولو أقام أحدهما البينة على النتاج. والآخر على الملك المطلق عن النتاج : فبينة النتاج أولى، لما قلنا إنها قامت على أولية الملك لصاحبه، فلا تثبت لغيره إلا بالتلقي منه »

وإن كان خارجان[1] ادعيا النِتَاج ، وهو[2] فى يد ثالث يدعى[3] ملكا مطلقا[4] : فهى بين الخارجين ، نصفان ، لاستوائهما[5] .

ثم ظاهر[6] مذهبنا[7] أنه يقضى لصاحب اليد[8] . لأن يترك[9] فى يده بلا[10] قضاء .

وروى عيسى بن أبان[11] أنه[12] تتهاتر البينتان ، ويترك[13] فى يد صاحب اليد قضاء[14] ترك ـ وهذا خلاف مذهبنا : فإن الخارجين[15]

---

(١) كذا فى ا . وفى الأصل : « ولان كان خارجين » . وفى ب : « وإن كانا خارجين » . وفى ح : « ولان كان الخارجان » .

(٢) كذا في ب . وفى الأصل و ا و ح : « وهى » .

(٣) فى ا و ح : « يدعى فهو بينهما نصفان بمنزلة ما لو ادعيا ملكا مطلقا » .

(٤) يريد بالملك المطلق أن يدعى الملك من غير أن يدعى السبب بأن يقول هذا ملكى ولا يقول هذا ملكى بسبب الشراء أو الإرث أو نحو ذلك (راجع الهامش ٨ ص ٢٩٤) .

(٥) «ولا يترك فى يد صاحب اليد ـ دل أن ماذكره خلاف مذهب أصحابنا» (الكاساني ، ٦ : ٢٣٤ : ٢٢) ـ وسيأتي في المتن ما إذا كان يقضى به أم يترك .

(٦) فى ا : « فى ظاهر » .

(٧) فى ب : « مذهبها » .

(٨) أي إن أقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج وهو الفرض فيما تقدم (راجع الكاساني ، ٦ : ٢٣٤ : ١٩-٢٠ . وكذا المرغيناني ، البداية ، ٦ : ٢٣٥) .

(٩) فى ا و ح : « أو يترك » . وفى ب : « إلا أن يترك » .

(١٠) فى ا كذا : « بالاقضا » .

(١١) تفقه على محمد بن الحسن وقد توفى سنة ٢٢١ هـ . بالبصرة وهو قاض عليها . وله كتاب الحجج . ومن تلاميذه أبو خازم القاضى أستاذ الطحاوى . وقيل : ما فى الإسلام قاض أفقه من عيسى (اللكنوى : الفوائد . والقرشى : الجواهر) .

(١٢) « عيسى ... أنه » ليست فى ح وموضعها بياض فيها . وفى ب : « أنها » .

(١٣) في ا و ح : « تهاترت البينات وترك » .

(١٤) كذا فى ا و ب . و « قضاء » ساقطة من ح وفى الأصل : « لا قضاء ترك » .

(١٥) فى ا و ب و ح : « فى الخارجين » .

يقضى بينهما ، ولو كان ترك[١] فى يد صاحب اليد ، لا بطريق[٢] القضاء ، ينبغى[٣] أن يكون لصاحب اليد[٤] ، إذا تهاترت البينتان[٥] .

فإن أرخا ، فإنه ينظر :

إن كان سن النتاج يوافق أحد التاريخين : فهو له .

وإن أشكل الأمر[٦] : سقط حكم[٧] التاريخ ، وجعل كأنهما لم يذكرا التاريخ[٨] .

وإن خالف الوقتين : ذكر فى ظاهر الرواية أنه لا عبرة للتاريخ ، والحكم فيه ما ذكرنا من غير تاريخ[٩] . وذكر الحاكم[١٠] أن فى رواية أبى الليث[١١] : تهاترت البينتان[١٢] ، ويبقى النتاج فى يد صاحب اليد ،

---

(١) فى ا و ب و حـ : « يترك » .

(٢) فى حـ : « لا طريق » .

(٣) فى ا : « وينبغى » .

(٤) « اليد » ساقطة من حـ .

(٥) فى ا و حـ : « البينات » - وانظر الكاسانى ، ٦ : ٢٣٤ : ١٩ . والهداية والعناية ونتائج الأفكار ، ٦ : ٢٣٦ . والزيلعى على الكنز ، ٤ : ٢٩٤ - ٢٩٥ و ٣٢٠ وما بعدها .

(٦) فلم يعلم سنها (انظر الكاساني ، ٦ : ٢٣٤ : ٢٦) .

(٧) « حكم » ساقطة من حـ .

(٨) فى ا و حـ : « تاريخا » .

(٩) فى ا و حـ : « والحكم فيما ذكرنا من تاريخ النتاج » . وذلك لأنه ظهر بطلان التوقيت ، فكأنهما لم يوقتا ، فبقيت البينتان قائمتين على مطلق الملك ، من غير توقيت (الكاساني ، ٦ : ٢٣٤ : ٦ من أسفل) .

(١٠) راجع الهامش ٤ ص ٣٣٧ من الجزء الأول .

(١١) لعله نصر أبو الليث الحافظ السمرقندي (٢٩٤هـ) راجع حـ ١ ص ١٧ م .

(١٢) فى ا : « البينات » .

قضاء ترك - وهو الأصح [1] .

. . .

وكذا الجواب في كل مالا يتكرر فيه [2] سبب الملك ، ولا يعاد ، ولا يصنع مرتين : فهو [3] كالنتاج .

وما يتكرر فيه سبب الملك ، ويصنع مرتين : فهو على التفصيل الذي ذكرنا من دعوى الملك المطلق و [4] بالسبب [5] .

. . .

وإذا كان حائط بين دارين ، وليس لواحد منهما عليه [6] جذوع ، ولا له [7] اتصال بالبناء : فإنه يكون بينهما ، لاستوائهما في الاستظلال .

---

(١) في ا و حـ : « وقال : هو الأصح » . وفي ب : « وقالا : هو الأصح ». وفي الكاساني (٦ : ٢٣٤ : ٣٠) : « وهو الصحيح » .

« ووجهه أن سن الدابة إذا خالف الوقتين فقد تيقنا بكذب البينتين ، فالتحقتا بالعدم ، فيترك المدعى في يد صاحب اليد كما كان - والجواب أن مخالفة السن الوقتين يوجب كذب الوقتين لا كذب البينتين أصلا ورأساً » (الكاساني ، ٦ : ٢٣٤ : ٣٠) - وانظر الفروض الأخرى في الكاساني ، ٦ : ٢٣٨-٢٣٩ .

(٢) في ا و حـ : « يتكرر في » .

(٣) « فهو » من ا و ب و حـ .

(٤) الواو من ا و ب و حـ - انظر الهامش التالي .

(٥) في ا : « ... التفصيل ذكر من ادعى الملك المطلق وبالسبب » . وفي حـ : « التفصيل وذكر .. (مثل ما في ا) » . وفي ب : « ... التفصيل والذي ذكرنا من دعوى الملك المطلق وبالسبب » . راجع الكاساني ، ٦ : ٢٣٥ : ١-٣ . وراجع فيما تقدم ص ٢٩٥ وما بعدها وص ٢٩٩ وما بعدها .

(٦) « عليه » ليست في حـ . وفي ا و ب و حـ : « وليس لأحدهما » .

(٧) في ا : « جذوع وله » .

وإن كان لأحدهما عليه[١] جذوع : فالحائط له ، لأنه[٢] مستعمل له[٣] .

وإن كان لهما جذوع ، على السواء : فهو لهما ، لاستوائهما .

وإن كان لأحدهما أكثر[٤] : ذكر الكرخي أنه إذا كان لأحدهما ثلاثة[٥] فصاعدا ، وللآخر[٦] كثير[٧] : فهما سواء[٨] . أما إذا كان لأحدهما مادون الثلاثة[٩] ، وللآخر[١٠] أكثر : فهو لصاحب الكثير - وكذا ذكر محمد في[١١] «كتاب الإقرار» . وذكر «في كتاب

---

(١) «عليه» من ا و ب و ح .

(٢) «لأنه» ناقصة «نه» في ح . ففيها : «لا» فقط .

(٣) راجع الكاساني ، ٦ : ٢٥٧ : ١

(٤) أي جذوع أكثر (راجع الكاساني ، ٦ : ٢٥٧ : ٢)

(٥) كذا في ا و ب والكاساني (٦ : ٢٥٧) . وفي الأصل و ح كذا : «ثاثه» . وانظر فيما يلي الهامش ٩ .

(٦) في ح : «والآخر» .

(٧) كذا في ب : «كثير» . وفي الأصل و ا و ح : «كثيره» بالهاء لا بالتاء . وانظر الكاساني ، ٦ : ٢٥٧ .

(٨) لأن الاستعمال لا يحصل بما دون الثلاثة (وهي أقل الجمع الصحيح) لأن الجدار لا يبنى له عادة وإنما يبنى لأكثر من ذلك . فإذا كان لأحدهما ثلاثة والآخر أكثر يكونان قد استويا في استعمال الحائط ، لأن زيادة الاستعمال بكثرة الجذوع زيادة من جنس الحجة ، والزيادة من جنس الحجة لا يقع بها الترجيح ، وإذا استويا في استعمال الحائط استويا في ثبوت اليد عليه (انظر الكاساني ، ٦ : ٢٥٧) .

(٩) كذا في ب والكاساني (٦ : ٢٥٧) وفي الأصل و ا و ح : «الثلث» . راجع فيما تقدم الهامش ٥ .

(١٠) في ح : «والآخر» .

(١١) في ح : «وكذا ذكر محمد وذكر في كتاب» .

الدعوى»[١] أن لكل واحد منهما ما تحت خشبته ، ولا يكون له كل الحائط [٢] .

وإن لم يكن لهما جذوع ، ولأحدهما اتصال بالبناء من جانب واحد ، أى يكون بعض ألبان الحائط المدعى به فى حائط مملوك له[٣] ـ قال[٤] : صاحب الاتصال أولى .

وذكر فى « الأصل » أنه إذا كان اتصال تربيع[٥] : فهو أولى من صاحب الجذوع .

وروى عن أبي يوسف أنه إذا[٦] كان الاتصال من الطرفين[٧] : كان أولى من صاحب الجذوع[٨] .

والمراد من اتصال التربيع أن يكون بعض الألبان متداخلا فى البعض ، كالأزج[٩] والطاقات[١٠] ، وأبو يوسف اعتبر هذا فى جانبى[١١]

---

(١) فى ب : « الدعاوى » .

(٢) راجع في بيان وجه ذلك كله : الكاساني ، ٦ : ٢٥٧

(٣) فى ا : « أى يكون بعض ألبان الحائط المدعى به فى الحائط المملوك له » . وفى حـ : « أى يكون بعص الحائط المدعى به فى الحائط المملوك له » . وفى ب كذا : « أى يكون بعض الباب حائط المدعى به فى حائط مملوك له » .

(٤) فى ب : « فإن » .

(٥) سيأتى بعد قليل فى المتن المقصود بالتربيع .

(٦) « إذا » ليست فى حـ .

(٧) فى ا و حـ : « من الطريقين » .

(٨) « وروى عن أبى يوسف ... الجذوع » مكررة في ب .

(٩) الأزج بيت يبنى طولا ويقال الأزج السقف والجمع آزاج (المصباح) .

(١٠) في القاموس : الطاق ما عُطف من الأبنية والجمع طاقات وطيقان .

(١١) فى ب كذا : « اعتبرها فى بنا » .

الحائط المدعى به متصلا بحائطى[1] المدعى ، لأن هذا دليل على أن بانى[2] الحائط هو ، ثم لصاحب الجذوع حق[3] وضع الجذوع فى هذه المسألة[4] .

وكذا إذا كان له جذع[5] واحد: فالحائط لصاحب الأكثر ، وله حق الوضع[6] ، وليس لصاحبه[7] أن يرفع إلا إذا أقام[8] البينة أن الحائط له ، فحينئذ يرفع ، لأن البينة دليل مطلق[9] .

وإن كان خُصّا[10] بين[11] شخصين[12] ، والقُمُط[13] إلى أحدهما ، وادعى كل واحد الخُصّ: فهو بينهما عند أبى حنيفة ولا يرجح[14]

---

(١) فى ا و ح : « بحائط » .

(٢) فى ا و ح كذا : « يأنى » .

(٣) فى ب : « فى حق » .

(٤) راجع فى ذلك الكاساني ، ٦ : ٢٥٧

(٥) فى ح : « جذوع » .

(٦) فى ا كذا : « الوضيع » .

(٧) فى ب : « له » .

(٨) فى ح : « قام » .

(٩) « مطلق » ليست فى ح – وانظر الهامش بعد التالى . وراجع الكاساني ، ٦ : ٢٥٧

(١٠) الخص البيت من القصب والجمع أخصاص (المصباح) .

(١١) « مطلق . . بين » ليست فى ح . راجع الهامش قبل السابق .

(١٢) فى ا و ب و ح : « سطحين » . وفي الكاساني (٦ : ٢٥٨ : ١٦): « بين دارين أو بين كرمين » .

(١٣) القُمُط الشُرُط جمع شريط وهو ما يعمل من ليف وخوص وقيل القمط الخُشُب التى تكون على ظاهر الخص أو باطنه يشد إليها حَرادِيّ القصب أو رؤوسه (المصباح) . وفى المصباح : وتحاكم رجلان إلى القاضى شريح في خص تنازعه فقضى به للذى إليه القمط .

(١٤) فى ا و ب و ح : « ولا يترجح » .

بكون[١] القمط فى جانبه . وقالا بأن صاحب القمط[٢] أولى[٣] .

ولو كان وجه البناء أو الطاقات[٤] على الحائط فى أحد الجانبين : <ف>لا يرجح هذا[٥] ، بالإجماع[٦] ، لأن هذا لا يختص بالملك .

. . .

ولو[٧] كان لأحدهما سفل ، وللآخر علو : فليس لصاحب السفل أن يتصرف تصرفا لم يكن فى القديم[٨] ، وإن كان[٩] لا يتضرر به[١٠] صاحبه عند أبي حنيفة . وعندهما : لا بأس به إذا لم يكن فيه ضرر - وكذا صاحب العلو .

---

(١) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « فيكون » .

(٢) « القمط » ساقطة من ا .

(٣) وجه قولهما اعتبار العرف والعادة فإن الناس في العادة يجعلون وجه البناء وأنصاف اللبن والطاقات والناق والقمط إلى صاحب الدار فيدل على أنه بناؤه فكان في يده . ولأبي حنيفة أن هذا دليل اليد فى الماضي، لا وقت الدعوة ، واليد في الماضي لا تدل على اليد وقت الدعوة، والحاجة في إثبات اليد وقت الدعوة (الكاساني ، ٦ : ٢٥٨ : ١٧-٢٠) .

(٤) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل تشبه أن تكون كذلك وإن كان البادى للنظرة الأولى : « والطاقات » . راجع فيما تقدم الهامش ١٠ ص ٣١٢ .

(٥) فى ا و ب و حـ : « لا يترجح بهذا » . وانظر الهامش التالى .

(٦) في ب : « الاجماع » . وراجع الهامش المتقدم .

(٧) هذا بيان حكم الملك والحق الثابت فى المحل - وقد تكلم عليه بالتفصيل الكاساني (٦ : ٢٦٣ السطر الأسفل - ٢٦٦) .

(٨) في حـ : « في القيام » - والمقصود بقوله « تصرفا لم يكن له في القديم » أن يتصرف تصرفا لم يكن قبل ذلك (انظر الكاسانى ، ٦ : ٢٦ : السطر الأسفل) .

(٩) « كان » من ا و ب و حـ .

(١٠) « به » ليست فى ا و حـ .

ولو انهدما[١]، فامتنع صاحب السفل عن[٢] البناء: لا يجبر عليه، لأن الإنسان لا يجبر[٣] على عمارة بيته[٤]، لكن يقال لصاحب العلو: «ابن بمالك[٥] السفل، وضع عليه علوك، وارجع عليه بقيمته[٦] مبنيا، وامنع الآخر عن[٧] السكنى حتى يدفع القيمة[٨]».

وكذا الجواب فى الحائط بين الدارين.

ولو هدمه[٩] أحدهما: يجبر[١٠] على العمارة - والله تعالى أعلم.

---

(١) فى ا و حـ: «تهدما».

(٢) فى ب: «من».

(٣) «لا يجبر» ليست فى حـ.

(٤) فى ا و ب و حـ: «ملكه».

(٥) كذا فى ا و حـ. وفي الأصل و ب: «لمالك». وفى الكاساني (٦: ٢٦٤): «من مال نفسك».

(٦) فى ا و حـ: «وارجع على صاحبك بقيمة السفل».

(٧) فى ا و حـ: «وامنعه عن».

(٨) فى ب: «النفقة».

(٩) فى ا و حـ: «هدم».

(١٠) فى ب: «يجبر الآخر» ولعل الصحيح فيها: «يجبر <ه> الآخر».

كتاب
الإقرار

قال رحمه الله[1] :

يحتاج فى هذا الكتاب[2] إلى :

بيان كون الإقرار حجة ،

وإلى بيان ألفاظ الإقرار ،

وإلى بيان شرائط صحته ،

وإلى بيان أنواع المقر به ،

وما يتصل بذلك[3] من الفرق بين حالة الصحة وحالة[4] المرض .

أما بيان[5] كون الإقرار حجة :

فإنه خبر صدق ، أو[6] راجح[7] صدقه على كذبه ، فإن المال

---

(١) « رحمه الله » من حـ و ا . و « قال رحمه الله » ليست فى ب .

(٢) فى ا و حـ : « الباب » .

(٣) فى ا و حـ : « به » .

(٤) « حالة » من ب .

(٥) « بيان » ليست فى ب .

(٦) فى ا و حـ : « او » .

(٧) فى ب : « تراجح » .

محبوب المرء ، طبعا . فلا[١] يقر به ، لغيره ، كاذبا[٢] .

وأما بيان ألفاظ الإقرار - < فنقول > :

إذا قال : « لفلان عليّ كذا » أو « لفلان قِبَلى كذا[٣] » - فهو إقرار ، لأن[٤] « على » كلمة إيجاب لغة ، والقَبالة[٥] والكفالة اسم للضمان .

وكذا إذا قال : « لفلان فى مالى ألف درهم » - فهو إقرار له بذلك فى ماله . لكن لم يبين محمد فى « الأصل » أنه يكون مضموناً أو لا ، وذكر أبو بكر الرازى[٦] أنه إقرار بالشركة ، فيكون ذلك القدر المقر به عنده أمانة . وقال بعض مشايخ العراق : إن كان ماله محصوراً[٧] : فهو إقرار بالشركة . وإن كان غير محصور[٨] : فهو إقرار فى ذمته[٩] .

وإن قال : « له من مالى ألف درهم » - فهو هبة : لا تصير ملكاً له إلا بقبوله والتسليم من المقر .

ولو قال : « له عندى ألف درهم » - فهو وديعة .

---

(١) فى حـ و ا : « ولا » .

(٢) فى ا و حـ : « كذبا » .

(٣) « أو لفلان قبلى كذا » من ا و ب و حـ .

(٤) زاد هنا فى ا و ب و حـ : « كلمة » .

(٥) تقول قَبِلْت به أقبل من بابى قتل وضرب قَبَالة بالفتح إذا كفلت . والقبيل الكفيل وزنا ومعنى والجمع قُبلاء وقُبُل بضمتين فعيل بمعنى فاعل (المصباح) .

(٦) راجع ترجمته في الهامش ٥ ص ٢٠٦ من الجزء الأول .

(٧) فى ب كذا : « محظورا » . وفى ا و حـ : « محضورا » . وفي الكاسانى (٧ : ٢٠٨ : ١١ - ١٢) مثل ما في المتن .

(٨) فى ب كذا : « محظور » . وفى ا و حـ : « محضور » . راجع الهامش السابق .

(٩) فى ا و حـ : « فى الذمة » .

وكذا لو قال: «معى» أو «فى منزلى» أو «فى بيتى» أو «فى صندوق» أو «فى[1] كيسى» - لأنها[2] لا[3] تختص بالإيجاب، فيحمل على الأدنى[4].

هذا الذى ذكرنا إذا ذكر هذه الألفاظ مطلقاً.

فأما إذا قرن[5] بها لفظاً آخر، مخالفاً للأول فى المعنى، بأن قال: «لفلان على - أو: قِبَلى - ألف درهم وديعة»: يكون وديعة، لأنه بيان معتبر، فيصح، بشرط الوصل، كالاستثناء.

أما إذا ذكر مطلقاً وقال: «عنيت به الوديعة[6]» - لا يصدق، لأنه خلاف الظاهر، فلا يصدق على الغير.

وإن قال: «لفلان عندى - أو: معى - ألف درهم قرضاً» - فهو إقرار، لأنه بيان معتبر[7].

ولو قال: «عندى كذا، وأعنى[8] به الإقرار» - صدق، وإن فصل[9]، لأن هذا إقرار على نفسه، فلا يتهم.

---

(١) «فى» من ا و حـ.
(٢) فى ب: «لأنها».
(٣) «لا» ليست فى ا و حـ.
(٤) فى حـ: «الأولى».
(٥) فى ب: «أقرن».
(٦) «به الوديعة» ليست فى حـ. وفى ا: «به وديعة». وانظر الهامش التالى.
(٧) «فيصح بشرط الوصل ... بيان معتبر» ليست فى ب.
(٨) كذا فى ا و حـ: «وأعنى». وفى الأصل و ب: «وعنى». انظر الهامش التالى.
(٩) «وإن فصل» ليست فى ا و حـ. راجع الهامش السابق.

ولو قال: «له[١] من مالى ألف درهم لاحق لى فيها» - فهو إقرار[٢].

ولو قال: «لفلان[٣] عندى ألف درهم وديعة قرضا، أو وديعة دينا، أو مضاربة قرضا أو دينا[٤]، أو بضاعة قرضا أو دينا» - فهو إقرار إذا ادعى المقر له الدين، لأن الضمان قد يطرأ[٥] على الأمانة.

ولو قال: «لفلان عندى ألف درهم عارية» - فهو قرض.

وكذا فى كل ما يكال أو[٦] يوزن - لأن إعارة ما[٧] لا ينتفع بأعيانها إلا بالاستهلاك[٨]: يكون[٩] قرضا فى العرف.

وأما بيان الشرائط[١٠]:

فالعقل والبلوغ: شرط، بلا خلاف، لأنه لا يصح بدونهما[١١] التصرف الضار.

وأما الحرية: فهى شرط فى بعض الأشياء، دون بعض، على ما نذكر.

---

(١) فى ح: «لى».
(٢) «ولو قال ... إقرار» ليست فى ب.
(٣) «لفلان» من ا و ب و ح.
(٤) «أو مضاربة قرضا أو دينا» ليست فى ا و ح.
(٥) فى الأصل و ب كذا: «يطرى». وفى ا و ح كذا: «نطرى».
(٦) فى ا و ب و ح: «و».
(٧) فى ا و ح: «لأن العارية مما». وفى ب: «لأن عارية ما».
(٨) فى ب: «باستهلاك».
(٩) فى ا و ح: «فيكون».
(١٠) فى ب: «الشرط».
(١١) فى ا و ح: «لا يصح منهما». وفى ب: «حتى لا يصح من الصبى والمجنون، لأنه لا يصح منهما».

وكذا الرضا والطوع شرط - حتى لا يصح إقرار المكره بشيء، على ما يعرف في «كتاب الإكراه»[١].

وأما بيان أنواع[٢] المقر به :

فهو نوعان في الأصل : حقوق الله تعالى، والثاني حقوق العباد.

أما حقوق الله تعالى - فنوعان[٣] :

أحدهما - أن يكون خالصا لله[٤] : كحد الشرب[٥]، والزنا، والسرقة - والإقرار به صحيح، من الحر والعبد.

ولو رجع المقر[٦] عن ذلك، قبل الاستيفاء: بطل الحد، لاحتمال الصدق في الرجوع، فأورث شبهة.

ويكتفى في ذلك بالإقرار[٧] مرة، إلا في الزنا: فإنه يشترط العدد أربع مرات، لحديث ماعز[٨]، بخلاف القياس[٩].

---

(١) سيأتي «كتاب الإكراه» في هذا الجزء الثالث من «التحفة».

(٢) «أنواع» ليست في ب.

(٣) في ب: «فهو نوعان». وفي الكاساني (٧ : ٢٢٣ : ١٦): «أما حق الله سبحانه وتعالى فنوعان أيضا: أحدهما-أن يكون خالصا لله تعالى وهو حد الزنا والسرقة والشرب، والثاني-أن يكون للعبد فيه حق، وهو حد القذف، ولصحة الإقرار بها شرائط ذكرناها في كتاب الحدود».

(٤) «لله» من حـ. وفي ا: «لله تعالى».

(٥) في حـ وا: «شرب الخمر».

(٦) في ا وحـ: «المقر به».

(٧) الباء من ا وحـ. وفي ب: «ويكتفى بذلك في الإقرار».

(٨) في ا وحـ: «بحديث ماعز». راجع فيما تقدم الهامش ٩ ص ٢١٩.

(٩) راجع فيما تقدم ص ٢١٧ ومابعدها.

وروى عن أبي يوسف أنه اعتبر عدد الإقرار بعدد[١] الشهادة : فشرط[٢] في السرقة والشرب : الإقرار مرتين — لكن روى عنه أنه رجع.

ويستوى الجواب ، في الإقرار بالحدود ، بين[٣] تقادم العهد[٤] وعدمه ، إلا في شرب الخمر : فإنه لا يؤخذ به عند أبي حنيفة وأبي يوسف بعد ذهاب رائحة الخمر ، استحسانا — لحديث ابن مسعود[٥] . وعند محمد : يؤخذ[٦] به[٧] ، وهو القياس .

فأما حد القذف — فقد[٨] ذكرناه في كتاب الحدود[٩] .

. . .

وأما حقوق العباد — فأنواع :

منها — القصاص والدية[١٠] .

(١) في ا و ب : « بعد » .

(٢) في ا و حـ : « شرطا في السرقة ... » .

(٣) في ا و ب : « وبين » .

(٤) في ا و حـ : « الزمان » .

(٥) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل تشبه : « بحديث بن مسعود » . « وهو ماروى أن رجلا جاء بابن أخ له إلى عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فاعترف عنده بشرب الخمر فقال له عبد الله : بئس ولي اليتيم أنت ! لا أدبته صغيراً ولاسترت عليه كبيراً ! — ثم قال رضي الله عنه : تلتلوه ومزمزوه واستنكهوه : فإن وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه » (الكاساني ، ٧ : ٥١ : ٢٥) — وانظر الزيلعي ، ٣ : ١٩٦ — ١٩٧ .

(٦) في حـ كذا : « يوخر » .

(٧) « به » ليست في ب .

(٨) الفاء من ا و ب و حـ . وحد القذف هو الحد الذي هو حق الله سبحانه وتعالى وللعبد فيه حق — راجع ما قدمنا في الهامش ٣ ص ٣٢٠ نقلا عن الكاساني (٧ : ٢٢٣ : ١٦) . وراجع فيما تقدم ص ٢٢٧ .

(٩) راجع فيما تقدم ص ٢٢٣ وما بعدها .

(١٠) راجع فيما تقدم ص ١٤٢ وما بعدها .

ومنها - الأموال[١] .

ومنها - الطلاق والعتاق وحق الشفعة[٢] - ونحو ذلك .

. . .

والمال قد يكون عينا وقد يكون دينا ، وقد يكون معلوما وقد يكون مجهولا ، وقد يكون الإقرار فى الصحة وقد يكون فى المرض - فنذكر جملة ذلك إن شاء الله تعالى .

. . .

أما إقرار العبد - فنذكر[٣] فى كتاب المأذون إن شاء الله تعالى .

وأما الحر[٤] - فإقراره بالمال ، صحيح ، كيفما كان ، سواء كان المال المقر به[٥] عينا أو دينا ، وسواء كان معلوما أو مجهولا ، وعليه البيان . فجهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار ، وجهالة المشهود به تمنع صحة الشهادة والقضاء ، لأنه[٦] لا يمكن القضاء بالمجهول[٧] . فأما فى الإقرار <ف> يؤمر بالبيان ، والقول قوله - بيانه :

- إذا أقر أنه « غصب من فلان مالا » أو « لفلان عليه[٨] شىء أو حق » - فإنه يؤمر بالبيان : فإذا بين شيئا له قيمة ، ويجرى فيه المنع والشح :

(١) « ومنها الأموال » ليست فى ح .

(٢) فى ب : « وحقوق الشفعة » . راجع فى الطلاق ح ٢ ص ٢٥١ وما بعدها . وفى العتاق ح ٢ ص ٣٨٠ وما بعدها . وفى الشفعة ح ٣ ص ٦٦ وما بعدها .

(٣) الفاء من ا و ب و ح .

(٤) تكررت كلمة « الحر » فى الأصل .

(٥) « المقر به » من ا و ح .

(٦) « لأنه » من ا و ب و ح .

(٧) « القضاء بالمجهول » من ا و ح .

(٨) كذا فى ب . وفى الأصل و ا و ح : « علىّ » .

يصدق[١] . وإن كان بخلافه : يجبر على بيان شيء له قيمة[٢] .

ــ وفى الغصب إذا قال : « غصبت منه شيئا[٣] » ـ فبين[٤] ما لا قيمة له ، بأن قال « غصبت منه صبيا حرا[٥] صغيراً » أو « خمراً لمسلم » أو « جلد ميتة » : يصدق ، لأن[٦] هذا مما[٧] يغصب عادة .

ــ ولو قال : « غصبت شاة أو عبداً أو جارية » فبين سليما[٨] أو مع العيب[٩] ، أو[١٠] قال : « غصبت دارا » فبين[١١] فى بلدة قريبة[١٢] أو فى بلدة بعيدة[١٣] ـ يصدق ، لأن الغصب يكون على ما يتفق ، فيكون القول قوله ، إلا أن فى غصب الدار : إن أمكنه تسليمها[١٤] إليه[١٥] : يسلم ، ولا ضمان عليه إن[١٦] خربت أو عجز عن التسليم إلا عند محمد :

---

(١) في ا و حـ : « صدق » . وفي ب كذا : « تصدق » .

(٢) فى ا و حـ : « بخلاف ذلك يجبر على البيان بما له قيمة » .

(٣) « منه شيئا » غير واضحة فى الأصل (المصورة) وأخذناها من ا و ب و حـ .

(٤) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « تتبين » .

(٥) « حرا » من ا و حـ .

(٦) كذا فى ا و ب و حـ . و « يصدق لأن » ليست ظاهرة فى الأصل (المصورة) .

(٧) « مما » ليست فى ا و حـ .

(٨) فى ب : « سليمها » .

(٩) كذا فى ا و ب و حـ . و « مع العيب » غير واضحة فى الأصل (المصورة) .

(١٠) في ب : « واو » .

(١١) فى ا و حـ : « وبين » .

(١٢) « قريبة » ساقطة من ا و حـ .

(١٣) فى حـ و ب : « بلد بعيد » .

(١٤) فى ا و حـ : « تسليما » .

(١٥) « إليه » ليست فى ب .

(١٦) فى ب : « وإن » .

فإنه يجب عليه القيمة عند العجز - وهى مسألة معروفة .

ـــ ولو قال : « علىّ قفيز حنطة » - فهو بقفيز[1] البلد الذى أقر فيه ، فكذلك[2] الرِطْل والأمنان[3] والصنجات - فذلك كله على وزن البلد .

ـــ ولو قال : « علىّ ألف درهم » - فهو على مايتعارفه أهل البلد من الأوزان أو[4] العدد[5] ، وإن لم يكن شيئا متعارفا ، فيحمل على وزن سبعة ، فإنه الوزن المعتبر فى الشرع[6] ، وكذلك فى الدينار : يعتبر وزن[7] المثاقيل إلا فى موضع يتعارف فيه بخلافه[8] .

ـــ ولو قال : « لفلان علىّ دريهم » أو « دنينير » - فعليه التام ، لأن التصغير قد يذكر[9] لصغر[10] الحجم ، وقد يكون[11] لاستحقار الدرهم ، وقد

---

(١) فى ب : « قفيز » - والقفيز مكيال (المغرب) .

(٢) في ب « وكذا » . وفي ا و حـ : « وكذلك » .

(٣) فى ا و حـ : « والأمناء » وكلاهما صحيح : الأمناء جمع مَنًا والأمنان جمع مَنٍّ والمنا و المن ما يكال به السمن وغيره وقيل الذى يوزن به رطلان ا المصباح) .

(٤) فى ب : « و » .

(٥) فى ا : « المعدود » .

(٦) انظر الهامش بعد التالي .

(٧) في ا و ب و حـ : « يعتبرون » بدلا من « يعتبر وزن » .

(٨) فى المغرب : « الدرهم اسم المضروب المدور من الفضة كالدينار من الذهب . وقوله المعتبر فى الدنانير وزن المثاقيل وفى الدراهم وزن سبعة : قال الكرخى فى مختصره : وهو أن يكون الدرهم أربعة عشر قيراطا وتكون العشرة وزن سبعة مثاقيل والمائتان وزن مائة وأربعين مثقالا وكانت الدراهم فى الجاهلية ثقالا مثاقيل وخفافا طبرية فلما ضربت فى الإسلام جمعوا الثقيل والخفيف فجعلوها درهمين فكانت العشرة وزن سبعة مثاقيل . وذكر أبو عبيد فى كتاب الأموال أن هذا الجمع والضرب كان فى عهد بنى أمية وطول القول فيه وهو فى المغرب » .

(٩) فى ا و حـ : « قد يكون » .

(١٠) « لصغر » ليست فى ا .

(١١) فى ب : « وقد يذكر » .

يكون لخفة الوزن : فلا ينتقص الوزن بالشك .

ـــ ولو قال: «لفلان علىّ دراهم أو[1] دنانير» ـ يقع على[2] ثلاثة ، لأنها[3] أقل الجمع .

ـــ ولو قال :« علىّ دراهم كثيرة » ـ يقع على عشرة عند أبي حنيفة، وعندهما : على النصاب وهو مائتا درهم .

ـــ ولو قال:« علىّ مال عظيم» أو « كثير» أو « كبير[4] » ـ فعليه مائتا درهم ، بلا خلاف ، عند بعضهم . وقيل : على قول أبي حنيفة : يقع على العشرة . وقيل : يعتبر[5] حال المقر : إن كان غنيا يقع على ما يستعظم عند الاغنياء ، وإن كان فقيرا يقع على النصاب .

ـــ ولو قال : «غصبت إبلا كثيرة » أو « شياها[6] كثيرة » ـ يقع على أقل النصاب من جنسه .

ـــ وإن قال : « علىّ حنطة كثيرة[7] » ـ يقع[8] عندهما على خمسة

---

(١) في ب و حـ :« أو على » .

(٢) « على » ليست في ب .

(٣) كذا في ا و حـ . وفي ب والأصل : « لأنه » .

(٤) « أو كبير » ليست في ا و ب و حـ .

(٥) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل :« يعتبر على » .

(٦) في ا و حـ كذا : « شياه » .وفي ب : « شاه ». وفي الأصل : « شاة » ، وجمع شاة : شاه وشياه (المصباح) .

(٧) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل :« كثيرة كثيرة » .

(٨) « يقع » من ا و حـ .

أوسق[١] ،وعند أبي حنيفة : البيان إليه .

ـــ وإن قال : « عليّ[٢] أموال عظام » ـ روى عن أبي يوسف أنه يقع على ستمائة ، لأن أقل الجمع ثلاثة[٣] .

. . .

ولو قال :« عليّ ثلاثة دراهم غير درهم[٤] » ـ يلزمه درهمان، لأن كلمة « غيرَ » بالنصب للاستثناء[٥] .

ـــ وكذا إذا قال[٦] :« عليّ[٧] ثلاثة آلاف[٨] درهم غير ألف[٩] » ـ يلزمه ألفان ، لما قلنا .

ـــ وكذا لو قال: « عليّ ثلاثة دراهم إلا درهما[١٠] » ـ فعليه درهمان.

ـــ ولو قال : « عليّ عشرة إلا ثلاثة » ـ يلزمه سبعة .

---

(١) الوسق ستون صاعا بصاع رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو خمسة أساتير وثلث: عن الحسن وابن سيرين . قال الأزهري : الوسق ستون صاعا بصاع رسول الله صلى الله عليه وسلم والخمسة الأوسق ثلثمائة صاع والصاع ثمانية أرطال وهو مثل القفيز الحجاجي ومثل ربع الهاشمي (المغرب) .

(٢) « على » من ا .

(٣) راجع فيما تقدم (ص ٣٢٥) قوله :« ولو قال : عليّ مال عظيم » .

(٤) « غير درهم » ليست في ب .

(٥) كذا في ا و ب . وفي الأصل كذا : « ... غير أما لنصب الاستثناء » . وفي حـ : « ... غير الاستثناء » اه .

(٦) كذا في ا و حـ . وفي ب : « ولو قال » .

(٧) « عليّ » ليست في ا و حـ .

(٨) « آلاف » من ا و ب و حـ . وفي الأصل : « ثلاثة ألف » .

(٩) في ا و حـ :« غير الألف » .

(١٠) في حـ و ب : « إلا درهم » .

ـــ ولو قال : « إلا سبعة » : يلزمه ثلاثة ، لأن الاستثناء تكلم بالباقي.

. . .

وفى الاستثناء من الاستثناء : يكون الاستثناء من المستثنى [١] ، لا من المستثنى منه [٢] ، ويلحق [٣] ذلك بالمستثنى منه .

ـــ إذا قال : « على عشرة دراهم إلا ثلاثة [٤] إلا درهما [٥] » ـ يلزمه ثمانية ، لأن ثلاثة [٦] صارت مستثناة [٧] من العشرة ، ثم الاستثناء الثانى من الثلاثة ، لأنه أقرب إليه ، فيخرج درهم ويلتحق [٨] بالمستثنى منه ، وهو سبعة ، فصار [٩] ثمانية .

. . .

ـــ ولو قال : « لفلان عليّ عشرة دراهم إلا ثوبا » ـ لا يصح الاستثناء عندنا . وعند الشافعى : يصح ، ويخرج قدر قيمة الثوب .

ـــ ولو استثنى شيئاً من المكيل والموزون ، بأن قال : « عليّ عشرة دراهم إلا [١٠] قفيز حنطة » أو « على مائة دينار إلا عشرة دراهم » ـ يصح الاستثناء

---

(١) فى ا و حـ : « يكون استثناء من الاستثناء » . وفى ب : « يكون الاستثناء من الاستثناء » .

(٢) فى ب كذا : « لا من الاستثنا منه » .

(٣) فى ا و حـ : « فيلحق » .

(٤) فى ا و حـ : « عشرة إلا ثلاثة دراهم » . وانظر الهامش التالى .

(٥) فى حـ : « إلا درهم » . و « إلا درهما » ليست فى ا . وراجع الهامش السابق .

(٦) فى ا و حـ : « لأن الثلاثة » .

(٧) كذا فى حـ . وفى الأصل و ب : « صار مستثنى » . وفى ا : « صارت مستثنى » .

(٨) فى ب : « ويلحق » .

(٩) الفاء من ا و حـ .

(١٠) « ثوبا لا يصح الاستثناء ... دراهم إلا » ليست فى ب .

عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ، ويخرج من[1] المستثنى[2] منه قدر قيمة القفيز والعشرة[3] ، لأن الجنس واحد وهو القدر . وقال محمد وزفر رحمهما الله : لا يصح الاستثناء كما في الثوب .

ـــ ولو قال لفلان : « عليّ ألف درهم إلا قليلا » ـ يلزمه أكثر من النصف ، والقول[4] قوله في الزيادة مع يمينه .

. . .

ـــ وكذا إذا قال : « عليّ قريب من ألف » أو « زهاء[5] ألف » أو « عُظم[6] الألف » لأن هذا أكثر من النصف بيقين ، وفي الزيادة : القول قوله .

ـــ ولو قال : « على ألف ونيف » ـ فعليه الألف ، وعليه[7] بيان النيف ، لأنه عبارة عن الزيادة .

ـــ ولو قال : « عليّ ألف و[8] درهم » أو « على مائة ودينار » ـ

---

(١) « من » ليست في ب .

(٢) في حـ كذا : « المستثنات منه » .

(٣) في ب : « وهو العشرة » وقد وردت « وهو العشرة » في ا و حـ قبل « قدر قيمة القفيز » . ونرى أن الصحيح ما في الأصل فالمستثنى هو « قدر قيمة القفيز » في المثال الأول و « عشرة دراهم » في المثال الثاني .

(٤) في ب : « فالقول » .

(٥) هذا في ب بمعنى قدر ـ يقال : هم زهاء ألف أي قدر ألف (المصباح) . وفي الأصل و ا و حـ : « وزنها » .

(٦) عُظم الشيء أكثره (المصباح) . وفي القاموس : « وعُظم الأمر بالضم والفتح مُعظَمه » .

(٧) في حـ : « فعليه » .

(٨) الواو من ا .

يكون[1] المعطوف عليه من جنس المعطوف ، بالاتفاق .

وكذلك فى جميع المكيل ، والموزون ، والعددى المتقارب .

ـ وأما فى العروض والعددى المتفاوت[2] ، بأن قال : « علىّ عشرة وثوب » أو « عشرة وعبد » أو « عشرة ودابة » ـ فعلى قول محمد[3] : يلزمه المعطوف المسمى ، والقول قوله فى بيان المعطوف عليه ؛ وعلى قول أبي يوسف : يكون المعطوف عليه من جنس المعطوف ، لأن العرف[4] على هذا .

. . .

ولو قال : « لفلان علىّ ألف ـ لا ! بل ألفان[5] » ـ < ف > جملة هذا[6] أن الاستدراك في الإقرارات[7] ثلاثة أنواع : إما أن يكون فى[8] خـلاف جنس الأول ، أو[9] يكون فى[10] جنس الأول[11]

---

(١) فى ب : « ويكون » .

(٢) كذا فى ا و حـ . وفى الأصل و ب : « المتقارب » . راجع فى المتن السطر السابق .

(٣) « محمد » ليست فى حـ . وفى ا : « فعلى قول أبى حنيفة » .

(٤) فى حـ كذا : « الفرض » .

(٥) كذا فى ب . وفى الأصل : « بل لفلان » . وفى ا و حـ : « ولو قال : على ألف لا بل فالجملة » .

(٦) فى ا و ب و حـ : « فالجملة فى هذا » .

(٧) فى ا و ب : « فى الإقرار » .

(٨) فى حـ : « من » . انظر الهامش بعد التالى والهامش ٢ من الصفحة الآتية .

(٩) فى حـ : « و » .

(١٠) فى ا و ب و حـ : « من » . راجع الهامش قبل السابق والهامش ٢ من الصفحة الآتية .

(١١) « الأول » ليست فى ب .

واستدرك[1] الغلط فى[2] القدر من الكثرة والقلة ، أو فى الصفة من الجودة والرداءة .

فأما[3] الأول — < ف > بأن يقول: «علىّ ألف درهم — لا ! بل مائة دينار » أو « كر حنطة — لا ! بل كر شعير » . وحكمه أنه يلزمهما[4] جميعا ، لأن الغلط فيه نادر[5] ، < والنادر ملحق بالعدم >[6] .

وأما الثاني — بأن قال «علىّ ألف درهم — لا ! بل ألفان»[7] أو قال[8] : « على دينار — لا! بل ديناران[9] » — فيلزمه الأكثر ، استحسانا ، والقياس أن يلزمهما[10] جميعا ، كما فى خلاف الجنس ، وكما[11] فى الطلاق إذا قال[12] : « أنت طالق واحدة — لا ! بل ثنتين[13] » — يقع الثلاث ، وهو

---

(١) فى ا و حـ : « واستدراك » .

(٢) فى ا : « من » . وراجع الهامشين ٨ و ١٠ من الصفحة السابقة .

(٣) « فأما » من ب . وفى ا و حـ : « أو الأول » .

(٤) فى ا و حـ : « أنه يلزمه » . وفى ب : « أنهما يلزماه » .

(٥) « نادر » من ا و ب و حـ .

(٦) من الكاسانى (٧ : ٢١٢ : ٣ من أسفل) .

(٧) « ألف درهم — لا ! بل ألفان » ليست فى ا و حـ . وانظر الهامش التالى .

(٨) « أو قال » من ب .

(٩) فى الأصل و ب : « دينارين » . وفى حـ : « على درهم — لا ! بل ديناران » . وفى ا : « على درهم — لا ! بل دينار » .

(١٠) فى ا و حـ : « أن يلزمه جميعا » . وفى ب : « أن يلزمه الكل جميعا » .

(١١) « كما » ليست فى ا و حـ ففيهما : « وفى » .

(١٢) « إذا قال » من ا و ب و حـ .

(١٣) فى ب : « اثنتين » .

قول أبي يوسف ومحمد ، وفى الاستحسان أنه إخبار [١] ، ويجرى فيه الغلط، فيصح التدارك ، بخلاف إنشاء الطلاق . حتى إن فى [٢] الإخبار كذلك، بأن قال [٣] : « كنت [٤] طلقت امرأتى أمس واحدة - لا ! بل ثنتين [٥] »: يقع على الأكثر .

وأما الثالث - بأن قال: « على ألف درهم [٦] سود - لا ! بل بيض [٧] ». أو قال [٨] : « على قفيز حنطة جيدة [٩] - لا ! بل وسط » : <ف> يلزمه الأجود .

. . .

- ولو قال : « لفلان على ألف ثمن [١٠] مبيع [١١] إلا أنه [١٢] زيوف » - <ف> عند أبي حنيفة رحمة الله عليه : يلزمه [١٣] الجيد [١٤] ، ولا يصدق،

---

(١) فى ب : « الإخبار » .
(٢) « فى » ليست فى حـ .
(٣) « بأن قال » ليست فى ا .
(٤) « كنت » ليست فى ب .
(٥) فى ب : « اثنتين » .
(٦) « درهم » من ب .
(٧) فى ا و حـ : « أبيض » .
(٨) « أو قال » من ب . وفى ا و حـ : « أو : علىّ » .
(٩) فى ا و حـ : « جيد » .
(١٠) فى ب : « من ثمن » .
(١١) كذا فى ب . وفى الأصل : « بيع » .
(١٢) فى ب : « أنها » .
(١٣) « الأجود ... يلزمه » ساقطة من ا و حـ .
(١٤) فى ب : « الجياد » .

سواء[١] وصل أو فصل ، كما لو قال: « بعتك هذا العبد على أنه معيب »: لم يصدق ، وإن وصل - وعندهما : إن وصل يصدق، وإن فصل لا يصدق[٢].

وفى القرض روايتان عنه .

— وإذا قال : « علىّ ألف درهم » مطلقا ، ثم قال « زيوف » - يصدق بشرط[٣] الوصل فى قولهم .

وفى الغصب والوديعة : يصدق ، وصل أو فصل .

— ولو قال: « على من ثمن بيع ، ألفُ درهم ستوقة[٤] أو رصاصا» - لا يصدق عند أبى حنيفة ، وعن أبى يوسف أنه يصدق إذا وصل .

وفى[٥] البيع الفاسد[٦] وفى الغصب والوديعة : يصدق[٧] فى الستوقة[٨] ، بشرط الوصل ، فى قولهم جميعا[٩] .

• • •

— ولو قال: « له علىّ ألف درهم» ثم قال: «هو ثمن[١٠] عبد لم أقبضه منه[١١]» - لم يصدق فى قول أبى حنيفة ، إلا أن يقول موصولا ، والعبد

---

(١) فى ب : « وسواء » .
(٢) « وعندهما إن ... لا يصدق » ساقطة من ا و حـ .
(٣) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « فشرط » .
(٤) الستوق ما كان الصفر أو النحاس هو الغالب الأكثر (راجع المغرب) .
(٥) « فى » من ا و حـ .
(٦) كذا فى ا و حـ . وفى الأصل : « والبيع فاسد » راجع الهامش السابق وانظر الهامش التالي .
(٧) « وصل أو فصل ... ولو قال ... والوديعة يصدق » ليست فى ب .
(٨) فى ا كذا : « وفى السرقة » . راجع فيما تقدم الهامش ٤ .
(٩) « جميعاً » ليست فى ا و حـ .
(١٠) فى ا : « من ثمن » .
(١١) « منه » ليست فى ب .

قائم بعينه ، فى يد المقر له . وعندهما : إن صدقه المقر له كان القول قوله، وإن لم يصدقه كان الألف له ، لازما عليه[١] .

. . .

ـــ ولو قال : « اقتضيت[٢] من فلان ألف درهم التى لى عليه » أو قال : « استوفيت » أو « قبضت » أو « أخذت » ـ وقال المقر له : « لم يكن لك علىّ شىء » ـ يؤمر بردها إليه ، مع يمينه ، على ما يدعيه المقر[٣] .

ـــ ولو قال : « أخذت من فلان ألف درهم وديعة » ، فقال[٤] فلان : « بل أخذتها غصبا » ـ فالقول قول المقر له ، لما قلنا .

ـــ ولو قال : « أودعنى[٥] فلان ألف درهم » أو قال : « أعطانى وديعة » ، فقال : « لا[٦] ! بل أخذتها غصبا » ـ فالقول قول المقر ، لأنه ما أقر بسبب الضمان ، وهو[٧] الأخذ .

. . .

ثم الإقرار فى حالة الصحة ـ يصح للأجنبى والوارث جميعا[٨] ، من جميع المال ، ولا يكون الدين المتقدم أولى[٩] ، ويكون الغرماء أسوة

---

(١) فى ا و حـ : « كان الألف فى ذلك لازما عليه » .

(٢) فى ا و حـ : « قبضت » .

(٣) فى ا و حـ : « المقر له » .

(٤) فى ا و حـ : « وقال » .

(٥) فى ب الدال ساقطة .

(٦) « لا » من ب .

(٧) فى ب : « وهو قول » .

(٨) « جميعا » ليست فى ا و ب و حـ .

(٩) « أولى » ليست فى ا .

إذا صار مريضا : ليس[١] له[٢] أن يؤثر البعض فى القضاء ، وفى الأداء فى حالة الصحة له أن يؤثر البعض[٣] . لأن الدين يثبت فى الذمة حالة الصحة[٤] ، وإنما ينتقل إلى المال بالمرض ـ فكذلك[٥] على هذا .

أما[٦] الإقرار في المرض[٧] ـ < ف > يصح للأجنبى من جميع المال[٨] ، ولا يصح للوارث إلا إذا أجاز الورثة ، لكن دين الصحة مقدم على دين المرض الثابت بإقراره . أما إذا ثبت بالبينة ، أو بمشاهدة[٩] القاضى ، فهما سواء .

وإقرار المريض باستيفاء الدين فى حالة المرض : يصح ، سواء كان دين الصحة أو دين المرض فى الجملة ـ وهذا فى حق الأجنبي ، وله تفاصيل كثيرة[١٠] .

. . .

وأما الإقرار بالوارث من المريض أو من الصحيح ـ < ف > نوعان : فى حق النسب ، وفى حق الميراث .

---

(١) فى ب : « وليس » .
(٢) « له » ليست فى ا و حـ .
(٣) « فى القضاء ... يؤثر البعض » ليست فى ب .
(٤) « الصحة » ليست فى ا و حـ .
(٥) فى ا و حـ : « وكذلك » .
(٦) « أما » ليست فى ا و حـ ففيهما العبارة السابقة متصلة بهذه .
(٧) في حـ كذا : « في المريض » .
(٨) « المال » ليست فى ب .
(٩) في ا و حـ : « بشهادة » .
(١٠) فى ا و حـ كذا : « ولو تفاضل كثيرا » . راجع هذه التفاصيل في الكاساني ، ٧ : ٢٢٦ : ٦ من أسفل ـ ٢٢٨ .

أما فى النسب - فمن الرجل يصح بخمسة[1] نفر: بالوالدين، وبالولد، وبالزوجة، وبكونه مولى لفلان[2] - لأنه ليس فيه تحميل[3] النسب على غيره[4].

ومن المرأة يصح بأربعة: بالوالدين، وبالزوج، وبالولاء، دون الولد[5]، لأن فيه تحميل[6] النسب على الغير.

ولا يصح الإقرار بالأخ والعم والخال فى حق النسب ونحو ذلك[7]، لما فيه من تحميل النسب، فلا بد من البينة.

فأما فى حق الميراث - <ف> إن لم يكن للمقر وارث ظاهر: صح إقراره فى حق الإرث[8]، لأنه إقرار على نفسه. فأما إذا كان له وارث ظاهر: <ف> لا يصح فى حقه، وإن كان الذى أقر به، مقدما عليه، بأن أقر بالأخ[9] وله خال[10] و[11] عمة، لأن فيه إبطال حق القريب. وكذلك لو كان له مولى الموالاة، لأنه آخر الورثة. فلا يصح إقراره فى حقه.

(١) في ا و حـ: « خمسة ».
(٢) « لفلان » ليست فى حـ.
(٣) في ا و حـ: « حمل ». انظر فيما يلى الهامش ٦
(٤) في ب في هذا الموضع تكرار وشطب وتصحيح.
(٥) في ا و حـ: « ولا يصح بالولد ».
(٦) في ا و حـ: « حمل ». راجع فيما تقدم الهامش ٣.
(٧) « ونحو ذلك » ليست في ب.
(٨) كذا في ا و ب و حـ. وفي الأصل: « الوارث ».
(٩) في ب: « الأخ ».
(١٠) في ب: « خالة ».
(١١) في ا: « أو ».

ولو أوصى بجميع ماله ، ثم أقر بأخ[١] : صح إقراره ، وتنفذ الوصية من الثلث .

وكذا لو أقر بأخ ، ثم أوصى بجميع ماله : يصح من الثلث ، لأن إقراره بالأخ صحيح فى حقه إن لم يصح فى حق غيره .

ولو أقر بالأخ ، ثم رجع : صح ، لأنه ثبت بقوله[٢] .

وعلى هذا ـ الوارث إذا أقر بوارث[٣] آخر : يصح فى حق نصيبه[٤] ، حتى إن الأخ إذا[٥] أقر بأخ آخر ، فإن ما[٦] فى يده يكون بينهما نصفين[٧] .

وهذا كله إذا صدقه المقر له فى ذلك ، فأما إذا لم يصدقه[٨] : لم يثبت[٩] .

---

(١) فى ب : « بالأخ » .
(٢) فى ا و ح : « قوله » .
(٣) فى ا و ح : « اوارث » .
(٤) فى ح : « فى حق نفسه » .
(٥) « إذا » ليست في ح .
(٦) مكتوبة في الأصل هكذا : « فإنما » .
(٧) فى الأصل و ب : « نصفان » . وهى ليست فى ا و ح .
(٨) في ح : « لم يصدق » .
(٩) زاد فى ب : « والله أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب » . وفى ا : « والله أعلم » .

كتاب
الوصـــــايا

فى هذا[1] الكتاب فصلان :

فصل[2] فى الوصية ،

وفصل فى الإيصاء .

نبدأ بالوصية[3] ـ فنقول :

نحتاج[4] إلى :

بيان الوصية ،

وإلى بيان صفة[5] المشروعية ،

وإلى بيان شرائط الصحة ،

وإلى بيان الموصى به ،

وإلى بيان الموصى له[6] ،

وما يتصل بهذه الجملة[7] .

---

(١) فى ب : « قال رحمه الله : فى هذا » .

(٢) « فصل » ليست في ب .

(٣) في ب : « في الوصية » .

(٤) فى ب و حـ : « يحتاج » .

(٥) « صفة » من ا و ب و حـ .

(٦) « وإلى بيان الموصى له » ليست في ب .

(٧) فى ب كذا : « وما يبطل من هذه الجملة » .

أما الوصية

فهي تمليك ،مضاف[١] إلى ما بعد الموت ، بطريق التبرع، إذ التمليك أنواع ثلاثة.فلا بد لكل نوع من[٢] اسم خاص ليتميز عن صاحبه: فالبيع اسم لتمليك عين المال بعوض في حالة الحياة ، و[٣] الهبة والصدقة تمليك عين المال بغير عوض في حالة الحياة[٤] بطريق التبرع ، والعارية تمليك المنفعة بطريق التبرع في حالة الحياة ـ فيكون الوصية اسما لتمليك المال، بعد الموت ، بطريق التبرع[٥] ، في العين والمنافع جميعا .

فأما الإعتاق في مرض الموت تنجيزاً ، وكذا[٦] الهبة ، والمحاباة ـ < ف > ليست من جملة الوصية : فإنها نافذة للحال . وكذلك الكفالة ، وضمان الدرك[٧] ـ لكن في معنى الوصية[٨] على معنى أنه يعتبر[٩] من ثلث المال ، لتعلق حق الغرماء بالتركة[١٠] في مرض الموت .

---

(١) في ب : « فهو تمليك يضاف » .

(٢) « إذ التمليك أنواع ثلاثة فلا بد لكل نوع من » من ا و حـ . وهي في ب ماعدا « ثلاثة » .

(٣) « الحياة و » ساقطة من ب ففيها : « بعوض في حالة الهبة » .

(٤) في ا و ب و حـ : « في حال الحياة بغير عوض » . إلا أن في ب : « وبغير عوض » .

(٥) «في حال الحياة فيكون الوصية... التبرع » ليست في ب .وكلمة «التبرع»ليست في ا .

(٦) في حـ : « تنجيز وكهذا » . وفي ا : « تنجيز وكذا » .

(٧) الدرك « هو رجوع المشتري بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع » (البابرتي ، العناية ، ٩ : ٨٦) .

(٨) « فإنها نافذة ... في معنى الوصية » ليست في ب .

(٩) في ا و حـ : « معتبر » .

(١٠) في حـ كذا : « بالترك » .

ولو كان عليه حجة[1] الإسلام، أو[2] الزكاة، أو[3] الكفارات، وجبت في الصحة أو في المرض — فيبطل[4] بالموت عندنا. ولو أوصى بها: تصح[5] من الثلث، بمنزلة التبرع[6] في المرض.

. . .

وعلى هذا قلنا: إن القبول من الموصى له، والرد، يعتبر بعد الموت، لأن الإيجاب ينزل[7] بعد الموت، والقبول يشترط عند الإيجاب، كما في البيع وغيره — وهذا عندنا.

وعند زفر: القبول ليس بشرط، ولا ترتد[8] بالرد، كالميراث.

ولو رد، أو[9] قبل، في حياة الموصى: لا يصح — حتى لو مات الموصى له، بعد القبول، قبل موت الموصى: فإن الوصية لا يكون ملكا لورثة الموصى له.

ولو مات الموصى له، بعد[10] موت الموصى، قبل القبول والرد: <ف> القياس: أن لا يكون لورثة الموصى له شيء، لأن القبول لم

(١) كذا في ا و ب و حـ. وفي الأصل: «حج». راجع حـ ١ ص ٥٧٧ وما بعدها.
(٢) في ا و حـ: «و».
(٣) الهمزة من ب.
(٤) في ا و حـ: «تبطل».
(٥) كذا في ا. وفي الأصل و ب و حـ: «يصح».
(٦) «التبرع» من ا و ب و حـ.
(٧) «ينزل» من ا و ب و حـ.
(٨) كذا في ا و حـ وفي الأصل و ب: «ولا يرتد».
(٩) في ب: «و».
(١٠) «القبول قبل ... الموصى له بعد» ليست في ب.

يوجد من الموصى له، فيبطل. و[1] في الاستحسان: يصير لورثته: إما[2] لأنه وجد القبول منه[3] دلالة، أو لأن[4] الإيجاب قد تم بنفسه، وتوقف[5] على قبوله، فإذا مات: ثبت الملك له، كأنه قبل دلالة ـ كالمشترى[6] بالخيار: إذا مات يلزم[7] العقد. فلو رد ورثته بعد موته ـ هل يصح ردهم؟ اختلف المشايخ فيه[8]: قيل: يجوز الرد، لأنه صح لوجود القبول منهم دلالة، فإذا وجد الرد[9] صريحا: يبطل. و[10] قيل: لا يجوز[11]، لأنه صار ميراثاً للورثة عن الموصى له[12]، لصيرورته ملكا له، بالموت[13]، ولا يصح رد الميراث.

وأما بيان المشروعية[14] ـ <فنقول> :

قال بعضهم: مشروعة[15]، بصفة الوجوب، في حق الكل.

---

(١) « و » ساقطة في ح.
(٢) « إما » ليست في ا و ح.
(٣) في ا و ح: « منهم ».
(٤) في ح كذا: « أولا لان ». وفي ب: « دلالة لأن ».
(٥) في ا و ب و ح: « ويوقف ».
(٦) في ح كذا: « المشترى ».
(٧) في ا و ح: « يتم ».
(٨) « فيه » من ا و ح.
(٩) « الرد » من ا و ب و ح.
(١٠) « و » ساقطة في ح.
(١١) في ا: « لا يبطل ».
(١٢) في ح: « الموصى به ».
(١٣) في ب: « بعد الموت ».
(١٤) لعل الأدق أن يقال: « وأما بيان صفة المشروعية » - راجع فيما تقدم ص ٣٣٧.
(١٥) في ا و ب و ح: « مشروعيته ».

وقال بعضهم : واجبة فى حق الوالدين ، لقوله تعالى : « الوصية للوالدين والأقربين »[١] .

والصحيح أنها مشروعة بطريق الندب[٢] ، لقوله عليه السلام : « إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم ، فى آخر أعماركم ، زيادة فى أعمالكم » .

وأما شرائط الصحة :

فمنها[٣] - أهلية التبرع : حتى[٤] لا يصح من الصبي ، والعبد والمكاتب فى حق المولى[٥] .

ومنها - عدم الدين : لقوله تعالى : « من بعد وصية يوصى بها أو دين »[٦] .

ومنها - التقدير[٧] بثلث التركة : حتى إنها لا تصح ، فيما زاد على الثلث ، إلا أن يجيز[٨] الورثة ، وإجازتهم وردهم يصح بعد الموت . أما قبل

---

(١) البقرة : ١٨٠ والآية : « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا : الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين » .

(٢) في ب كذا : « الندر » .

(٣) الفاء من ا و ب و حـ .

(٤) « حتى » من ا و ب و حـ .

(٥) راجع باب الكتابة ص ٤١٦ وما بعدها من الجزء الثاني .

(٦) وردت في الآيتين ١١ و ١٢ من سورة النساء . أما الأولى : « فلأمه السدس من بعد وصية يوصى بها أو دين » . وأما الثانية : « فهم شركاء في الثلث من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار » .

(٧) في حـ : « تقدير » .

(٨) في ا و حـ : « يجيزها » .

الموت: < ف > لا يصح، لما قلنا: إن[1] الملك بالوصية يثبت بعد الموت[2].

ومنها - أن يكون الموصى له أجنبيا: حتى إن الوصية للوارث لا تجوز إلا بإجازة الورثة، لقوله عليه السلام: «لا وصية لوارث[3] إلا أن يجيز[4] الورثة» - فإن أجاز بعض الورثة: تنفذ بقدر حصته من الميراث لا غير.

ومنها - أن لا يكون قاتلا، لقوله عليه السلام: «لا وصية لقاتل». ولو أجاز الورثة: يجوز عند أبي حنيفة ومحمد، لأنه لا يجوز لحق الورثة، فيجوز بإجازتهم، كما في وصية الوارث[5]. وعند أبي يوسف: لا يجوز، لأن المانع حق الله تعالى، فصار كالميراث.

ومنها - أن يكون الموصى له موجوداً، حيا[6]: حتى لو أوصى للجنين: إن كان موجوداً حيا[7] عند الإيصاء، يصح، وإلا فلا. وإنما يعرف بأن ولد، قبل ستة أشهر، حيا[8].

---

(١) في ا و ب و حـ: «لأن».

(٢) انظر فيما تقدم ص ٣٣٨ و ٣٤٠ وفيما بعد الكلام على «الموصى به» (ص٣٤٣). وانظر الكاساني، ٧: ٣٦٩: ٢٣ وما بعد ذلك.

(٣) في حـ: «للوارث».

(٤) في ا و حـ: «تجيز».

(٥) في ا و ب و حـ: «في الوصية للوارث». وراجع السطور السابقة في المتن.

(٦) «حيا» ليست في ا و ب و حـ.

(٧) «حيا ... حيا» ليست في ا و حـ. ففيهما: «الموصى له موجودا عند الإيصاء».

(٨) «حيا» ليست في ا و ب و حـ.

وأما بيان الموصى به :

فالموصى به[١] يجب[٢] أن يكون مالا .

ثم المال نوعان : المنافع ، والأعيان[٣] .

أما الوصية بالمنافع :

فجائزة[٤] - بأن أوصى بخدمة[٥] عبد بعينه ، لفلان : يكون وصية بالخدمة له[٦] ، وعين العبد تكون[٧] للورثة . ما دام الموصى له حيا ، وإذا مات فيسلم[٨] العبد إلى الورثة ، فإنها فى معنى العارية المؤبدة ، فينتهى بموت الموصى له .

وكذا لو أوصى[٩] بالعبد لإنسان وبخدمته[١٠] لآخر - جاز ، لما قلنا .

وكذا[١١] لو أوصى بسكنى داره ، أو بغلة بستانه ، ولم يوقت فى

---

(١) « فالموصى به » ليست في حـ و ب .

(٢) في ا و حـ : « وجب » .

(٣) فى ا : « منافع وأعيان » .

(٤) الفاء من ب .

(٥) « بخدمة » ليست فى حـ .

(٦) فى ا و حـ : « يكون الخدمة له » . وفى ب : « يكون وصية له بالخدمة له » .

(٧) كذا فى ب . وفى الأصل و ا و حـ : « يكون » .

(٨) الفاء من حـ .

(٩) واو « أوصى » ساقطة من ب .

(١٠) في ا و حـ : « وخدمته » .

(١١) « كذا » ليست في ا و حـ . ففيهما : « ولو » .

ذلك وقتاً - فيكون[١] للموصى له مدة حياته ، ويعود البستان والدار إلى الورثة ، وما كان[٢] من الثمرة والغلة حاصلا قبل موت الموصى له ، فيكون[٣] لورثته[٤] ، وما يحصل بعد موته[٥] يكون لورثة الموصى. وإنما يجوز[٦] إذا خرج من الثلث ، وإنما يعتبر خروج قيمة[٧] الأعيان التي أوصى بغلتها وخدمتها وثمرتها من الثلث ، دون[٨] أن يضم الغلة وقيمة[٩] الثمرة والخدمة إلى رقبة الأعيان .

ولو أَوصى بالثمرة أو بالغلة للمساكين : جاز ، بالإجماع .

ولو أَوصى بسكنى داره ، أو[١٠] بخدمة عبده[١١] ، أو بظهر فرسه للمساكين : لا يجوز عند أبي حنيفة ، وعندهما : يجوز .

ولو أوصى لفقير واحد بعينه : جاز[١٢] - وهي مسألة[١٣] معروفة .

• • •

---

(١) « فيكون » ليست في ب .

(٢) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « وما كانت » .

(٣) الفاء من ب .

(٤) في ب في هذا الموضع خطأ في الترقيم بترك رقم ١٩٣ وإثبات رقم ١٩٤ بعد ١٩٢ ولكن ليس هناك نقص في العبارة .

(٥) « بعد موته » من ا و ب و حـ .

(٦) في ا و حـ : « يكون » .

(٧) « قيمة » ليست في ب . وانظر الهامش التالي .

(٨) في ا و حـ : « وإنما يعتبر خروج الثلث بقيمة الأعيان التي أوصى بغلتها وبخدمتها وبثمرتها دون ... » .

(٩) « قيمة » ليست في ا و حـ . ففيهما : « والثمرة » .

(١٠) في ب : « و » .

(١١) « عبده » ليست في حـ . ففيها : « أو بخدمته أو » .

(١٢) « ولو أوصى ... جاز » ليست في ا و حـ .

(١٣) « مسألة » من ا و ب و حـ .

وأما الوصية بأعيان الأموال :

فإنه[١] يجوز ، سواء كان الموصى به موجوداً معينا ، أو بربع[٢] المال أو ثلثه[٣] أو خمسه[٤] وله مال ، أو[٥] أوصى بالمعدوم ، بأن يوصى بما يثمر نخله أو ما يخرج من[٦] بستانه ، أو بثلث ماله ولا مال له : فإن الوصية جائزة[٧] من الثلث[٨] . ويعتبر الثلث[٩] وقت موت الموصى ، لاقبله ، لما ذكرنا أنها إيجاب الملك عند الموت[١٠] - حتى إنه لو أوصى بثلث ماله وله[١١] ثلاثة آلاف درهم[١٢] ، ثم مات وله ألف : فإن الوصية تصح فى ثلث[١٣] الألف ، لما قلنا .

ولو أوصى بلبن[١٤] غنمه ، وأصوافها[١٥] ، وأولادها ، ثم مات

---

(١) « فإنه » ليست في ا و حـ .
(٢) فى ب : « ربع » .
(٣) فى ا : « أو بنات المال » . وفى حـ : « أو بنات ماله » .
(٤) في ا و ب و حـ : « أو بخمسه » .
(٥) فى حـ : « وله ماله لمن » .
(٦) « من » ليست في ا و حـ .
(٧) التاء من ا و ب و حـ .
(٨) « من الثلث » ليست فى ا و حـ .
(٩) فى ا و حـ : « الثلث فيه » .
(١٠) راجع فيما تقدم ص ٣٣٨ و ٣٤٠ .
(١١) « له » ليست فى ا و حـ .
(١٢) أى عند الوصية .
(١٣) كذا في ا و ب و حـ . وفى الأصل : « من الثلث » .
(١٤) فى ا و حـ : « بثلث » .
(١٥) في حـ كذا : « واوصوافها » .

الموصى : فإنه يقع على ما هو الموجود يوم الموت ، دون ما يحدث من[١] بعد الموت ، وإن لم يكن شيئا موجوداً وقت[٢] الموت ؛ بخلاف الوصية بثمرة[٣] النخلة : فإنه يقع على الموجود وقت الموت إن كان ، وإن لم يكن : يقع على[٤] ما يحدث بعد موت الموصى .

وأما الوصية بالموجود[٥] — <ف> إن[٦] كان شيئا معينا : فإنه يصح فيه ، حتى إذا خرج من الثلث : يكون للموصى له ، وإن لم يكن[٧] يخرج : يكون له بقدر الثلث . وإذا هلك ثلثاه وبقى الثلث : يكون[٨] كل الثلث له إن خرج[٩] من ثلث المال .

وأما إذا كانت[١٠] الوصية بثلث المال أو بربعه[١١] ونحو ذلك : فإن خرج[١٢] : يكون له[١٣] ، وإن لم يخرج : يكون له بقدر الثلث .

• • •

(١) « من » ليست في ا و حـ .
(٢) فى حـ كذا : « أو وقت » .
(٣) فى ا و حـ : « بثمر » . وفى ب تشبه : « بثمن » .
(٤) « على » ليست في حـ .
(٥) فى ا كذا : « بالموت » .
(٦) فى ب : « ولان » .
(٧) « يكن » ليست فى ا و ب و حـ .
(٨) فى ب : « فيكون » .
(٩) فى ا و حـ : « لان كان يخرج » .
(١٠) التاء من ا و حـ .
(١١) فى ب : « بثلث المال وربعه » .
(١٢) فى ا و حـ : « يخرج » .
(١٣) « له » ليست في ا و حـ .

وأما إذا اجتمعت[1] **الوصايا** : لأحدهم[2] بالثلث ، ولآخر بالربع ولآخر بالخمس[3] : < ف > إن أجاز الورثة : جاز في الكل . و[4] إلا : يصرف إلى كل واحد منهم من الثلث بقدر وصيته ، ويتضاربون في ذلك : فيكون ثلث الثلث[5] لهذا و[6] ربع الثلث وخمس الثلث للآخرين كما في المواريث[7] .

وإن كان وصية أحدهم[8] **أكثر من الثلث** ، بأن أوصى له بالنصف أو بالثلثين[9] :

< ف > عند أبي حنيفة : يضرب من زاد نصيبه على الثلث بالثلث دون الزيادة ، ومن كان نصيبه دون الثلث فيما سمى له[10] .

وعندهما : يضرب صاحب الزيادة بجميع ما سمى له[11] ، كما في

---

(١) التاء من ب .

(٢) في ا و حـ : « ولأحدهم » .

(٣) في حـ : « ولأحدهم الثلث وللآخر الربع والآخر بالخمس » .

(٤) « إن أجاز الورثة جاز في الكل و » ليست في ا و حـ . وفيهما : « بالخمس إن خرجت من ثلث المال يصرف (وفي ا كذا : يضرب) » . وفي ب : « إن أجاز الورثة جاز والأصح يصرف ... الخ » .

(٥) كذا في ب . وفي الأصل : « الثلث الثلث » . وفي ا و حـ : « ثلث المال » .

(٦) في حـ : « أو » .

(٧) « الثلث وخمس الثلث ... المواريث » ليست في ا و حـ . انظر الهامش التالي . وانظر الكاساني ، ٧ : ٣٧٣ .

(٨) « وإن كان وصية أحدهم » ليست في ا و حـ وفي ب : « وصية أحدهما » راجع الهامش السابق .

(٩) في ا و حـ كذا : « بالنصف أو من الثلث بالثلثين » . وفي ب : « بالنصف أو بأكثر من الثلث أو بالثلثين » .

(١٠) في حـ : « يسمى له » . انظر الهامش بعد التالي .

(١١) « له » من ا و حـ . وفي حـ : « ما يسمى له » . انظر الهامش التالي .

الميراث (١) .

وأجمعوا في خمس وصايا أنه يضرب بما سمى وإن جاوز عن الثلث (٢) :

---

(١) أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بالنصف ، ولم تجز الورثة : فالثلث بينهما نصفين في قول أبي حنيفة : لكل واحد منهما سهم من ستة . وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله : على خمسة : لصاحب النصف ثلاثة ، ولصاحب الثلث سهمان .

وإن أوصى لرجل بربع ماله ولآخر بنصف ماله ، ولم تجز الورثة : فلا خلاف في أن الوصية بالزيادة على الثلث لم ينفذ وإن نفذت ففي الثلث لا غير - وإنما الخلاف في كيفية قسمة الثلث بينهما :

فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى : يقسم الثلث بينهما على سبعة أسهم : للموصى له بالنصف أربعة - وللموصى له بالربع ثلاثة . وعند أبي يوسف ومحمد : على ثلاثة : سهمان للموصى له بالربع لأن الموصى له بالنصف لا يضرب إلا بالثلث عنده والموصى له بالربع يضرب بالربع فيحتاج الى حساب له ثلث وربع وأقله اثنا عشر : ثلثها أربعة وربعها ثلاثة فتجعل وصيتها على سبعة وذلك ثلث الميراث وثلثاه مثلاه وذلك أربعة عشر وجميع المال أحد وعشرون : سبعة منها للموصى لهما : أربعة للموصى له بالنصف وثلاثة للموصى له بالربع .

وعند أبي يوسف ومحمد : يقسم الثلث بينهما على ثلاثة أسهم ، لأن الموصى له بالنصف يضرب بجميع وصيته عندهما ، والموصى له بالربع يضرب بالربع ، والربع مثل نصف النصف ، فيجعل كل ربع سهما ، فالنصف يكون سهمين والربع سهما ، فيكون ثلاثة ، فيصير الثلث بينهما على ثلاثة أسهم : سهمان للموصى له بالنصف ، وسهم للموصى له بالربع - وهذا بناء على أصل وهو أن الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب في الثلث بأكثر من الثلث من غير إجازة الورثة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى إلا في خمسة مواضع (ستأتي في السطر التالي من المتن) .

وجه قولهما أن الوصية وقعت باسم الزيادة على الثلث من النصف ونحوه ، فيجب اعتبارها ما أمكن إلا أنه تعذر اعتبارها في حق الاستحقاق لما فيه من إبطال حق الورثة ، ولا نه إضرار بهم ، فوجب اعتبارها في حق الضرب ، ولأنه يمكن إذ لا ضرر فيه على الورثة ، ولهذا اعتبرت التسمية في حق الضرب فيما ذكرنا من المسائل .

ولأبي حنيفة رحمه الله ان الوصية بالزيادة على الثلث عند رد الورثة وصية باطلة من كل وجه بيقين ، والضرب بالوصية الباطلة من كل وجه بيقين باطل ، وإنما قلنا إن الوصية بالزيادة وصية باطلة لأنها في قدر الزيادة صادفت حق الورثة إلا أنها وقفت على الإجازة والرد ، فإذا ردوا تبين أنها وقعت باطلة - وقوله « من كل وجه » يعني به استحقاقا وتسمية ، وهي تسمية النصف فالكل فلم تقع الوصية صحيحة في مخرجها ، وقولنا « بيقين » لأنها لا يحتمل النفاذ لحال - ألا يرى أنه لو ظهر للميت مال آخر لنفذت هذه الوصية وهي الوصية بالزيادة على الثلث - بخلاف المواضع الخمسة .

(راجع الكاساني ، ٧ : ٣٧٤ - ٣٧٥ . وانظر الهامش ٥ من الصفحة التالية) .

(٢) راجع الهامش المتقدم والهامش ٥ من الصفحة التالية .

فى العتق الموقع فى المرض ، وفى العتق[1] المعلق بموت الموصى وهو التدبير[2] ، وبالمحاباة فى المرض ، و[3] بالوصية بالإعتاق بعد الموت ، وبالوصية المرسلة وهى الوصية بشىء بغير عينه ولا يكون منسوبا إلى جزء من المال نحو الوصية لفلان بمائة درهم و[4] نحوها[5] .

. . .

---

(١) في حـ : « وفى عتق » .

(٢) راجع « باب المدبر » ص ٤١١ وما بعدها من الجزء الثانى .

(٣) « و » ليست في حـ .

(٤) « و » من ا و ب و حـ .

(٥) ففى هذه المواضع الخمسة يضرب بجميع وصيته من غير إجازة الورثة ، لأن الوصية ما وقعت باطلة بيقين ، بل تحتمل التنفيذ في الجملة ، بأن يظهر مال آخر للميت يخرج هذا القدر من الثلث ، فبين أن الوصية ما وقعت بالزيادة على الثلث ، فلم يقع باطلة بيقين ، بخلاف الحال فيما إذا أوصى بأكثر من الثلث ، لأنه وإن ظهر له مال آخر يدخل ذلك المال في الوصية ولا يخرج من الثلث ، وهذا القدر يشكل بالوصية بيقين .

وصورة الوصية بالعتق : إذا كان له عبدان لا مال له غيرهما أوصى بعتقهما وقيمة أحدهما ألف وقيمة الآخر ألفان ، ولم تجز الورثة ، عتقا من الثلث ، وثلث ماله ألف درهم ، فالألف بينهما على قدر وصيتهما ، ثلثا الألف للذى قيمته ألفان فيعتق ثلثه ويسعى في الثلثين للورثة ، والثلث للذى قيمته ألف فيعتق ثلثه ويسعى فى الثلثين للورثة ، فإن أجازت الورثة عتقا جميعا .

وصورة ذلك فى المحاباة : إذا كان له عبدان أوصى بأن يباع أحدهما من فلان والآخر من فلان آخر بيعا بالمحاباة ، وقيمة أحدهما مثلا ألف ومائة وقيمة الآخر ستمائة ، فأوصى بأن يباع الأول من فلان بمائة والآخر من فلان الآخر بمائة ، فههنا حصلت المحاباة لأحدهما بألف وللآخر بخمسمائة ، وذلك كله وصية ، لأنها حصلت فى حالة المرض - فإن خرج ذلك من الثلث أو أجازت الورثة جاز ، وإن لم يخرج من الثلث ولا أجازت الورثة ، جازت محاباتهما بقدر الثلث ، وذلك يكون بينهما على قدر وصيتهما ، يضرب أحدهما فيها بألف والآخر بخمسمائة .

وصورة ذلك فى الدراهم المرسلة : إذا أوصى لإنسان بألف وللآخر بالدين ، وثلث ماله ألف ، فالثلث يكون بينهما أثلاثا ، كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته .

(راجع الكاسانى ، ٧ : ٣٧٥ . وراجع الهامش ١ من الصفحة السابقة) .

وهل يقدم بعض أصحاب الوصية على البعض ؟ فلا يخلو : إما إن كانت الوصايا للعباد ،أو تقع[١] لله تعالى .

أما إذا كانت الوصايا للعباد — فإنه يقدم العتق الموقع في المرض ، والعتق المعلق بمطلق الموت ، وهو التدبير الصحيح[٢]، والمحاباة في البيع الواقع في المرض[٣] . وما سوى هذه الوصايا يتضارب فيها أهل[٤] الوصايا على السواء: لا يقدم[٥] بعضهم على بعض . وإن ضاق الثلث عن العتق والمحاباة : يبدأ بما بدأ به الموصي منهما[٦] ، لاستوائهما في القوة ، فترجح بالبداءة[٧] — وهو قول أبي حنيفة ، وقالا : يبدأ بالعتق لا محالة[٨] ، لأنه لا[٩] يحتمل الفسخ[١٠] .

---

(١) في الأصل و ا و ب و ح : « يقع » .

(٢) « لأن الإعتاق المنجز والمعلق بالموت لا يحتمل الفسخ فكان أقوى فيقدم» الكاساني ، ٧ : ٣٧٢ : ٢١ . وراجع « باب المدبر » ص ١١ ؛ وما بعدها من الجزء الثاني .

(٣) لأن المحاباة « تستحق بعقد ضمان وهو البيع إذ هو عقد معاوضة فكان البيع مضمونا بالثمن والوصية تبرع فكانت المحاباة المتعلقه بعقد ضمان أقوى فكانت أولى بالتقديم » الكاساني ، ٧ : ٣٧٣ : ١٣ . وانظر فيما تقدم الهامش ٥ ص ٣٤٩

(٤) « أهل » من ا و ب و ح .

(٥) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل :« لا يبدا » . وأماه من « بدَّأهُ » جعله يبتدىء أى قدّمه وفضّله (المنجد) . وانظر فيما يلي الهامش ٧ .

(٦) في ا و ح : « منها » .

(٧) كذا في ح . وفي الأصل و ا و ب : « بالبداية » . والصحيح « البداءة » — راجع الهامش ٩ ص ١٧ من الجزء الأول .

(٨) « لا محالة » ليست في ا وفي ح :« لا بالمحاباة » .

(٩) « لا » ليست في ب .

(١٠) راجع في ذلك الكاساني ، ٧ : ٣٧٣ : ١٤ وما بعده . وفيما تقدم الهامشين ٢ و ٣ .

وأما إذا كانت الوصايا بما هو من حقوق الله تعالى ، نحو الحج والزكاة والكفارات والصدقات[١] ونحوها من أعمال البر ، ينظر :

إن كان كله تطوعا : بدأ بما بدأ به الموصى ، لاستواء الكل ، فى نفسه ، فى القوة ، فيترجح بالبداءة[٢] ، لأنه هو الأهم عنده[٣] ظاهرا ، ولا يقدم الوصية بالإعتاق لأنه يحتمل الفسخ[٤] ، كسائر الوصايا ، فإذا بلغ الثلث للكل[٥] فيها ونعمت[٦] ، وإن فى الثلث بالبعض ، يبطل الباقي .

وإن كانت[٧] كلها فرائض متساوية ، بأن كان وجوبها ثبت بدليل مقطوع به ، يرجح بالبداءة[٨] ، لتساويها[٩] فى القوة ، وقالوا : فى[١٠] الحج والزكاة ، عند أبي يوسف ، يقدم الحج فى رواية ، وإن أخره جاز[١١] .

(١) « والصدقات » من ب .

(٢) في الأصل و ب : « بالبداية » - راجع فيما تقدم الهامشين ٥ و ٧ من الصفحة السابقة وانظر فيما بعد الهامش ٤

(٣) فى ب : « عند » .

(٤) « وأما إذا كانت الوصايا ... الفسخ » ليست فى ا و حـ . وراجع الصفحة السابقة .

(٥) فى ب : « الكل » .

(٦) فى الأصل و ب : « فيها ونعمت » . وفى ا : « فيها ونعم » . وفى حـ : « فيها ويعم » .

(٧) « كانت » ساقطة من ب .

(٨) فى الأصل و ا و ب و حـ : « بالبداية » . راجع فيما تقدم الهامش ٢ وكذا الهامشين ٥ و ٧ من الصفحة السابقة .

(٩) فى ب : « لتساويهما » .

(١٠) « قالوا » ليست فى ا و حـ . ففيهما : « وفى » .

(١١) فى الكاسانى (٧ : ٣٧١ : ٥ من أسفل) : « روى عنه أنه يبدأ بالحج وإن أخره الموصى في الذكر » . وانظر الهامش التالى .

وفى رواية : يقدم الزكاة - وهو قول محمد رحمه الله[١] .

ثم ما أوجبه الله[٢] تعالى ابتداء ، أولى مما[٣] أوجبه عند فعل من[٤] المكلف ، فقالوا : يقدم الحج والزكاة على الكفارات المذكورة فى القرآن . ثم هذه الكفارات مقدمة على صدقة الفطر ، والفطرة مقدمة على[٥] كفارة الفطر ، لأنها ثبتت[٦] بخبر الواحد ، وهى مقدمة على المنذور[٧] ، وهو مقدم على الأضحية .

والواجبات كلها مقدمة على النوافل[٨] .

وأما إذا كان مع الوصايا الثابتة[٩] لحق الله تعالى، الوصية للآدمى[١٠] :

---

(١) «وجه الرواية الأولى أن الحج عبادة بدنية ،والزكاة عبادة مالية ، والعبادة البدنية أولى، لأن النفس أنفس وأعز من المال ، فكان تقربا إلى الله تبارك وتعالى بأعز الأشياء وأنفسها عنده ، فكان أقوى ، فكانت البداية به أولى ، على أن الحج عبادة بدنية لها تعلق بالمال ،والزكاة عبادة مالية لا تعلق لها بالبدن ، فكان الحج أقوى ، فكان أولى بالتقدم .

وجه الرواية الأخرى أن الحج تمحض حقا لله تعالى ، والزكاة يتعلق بها حق العبد،فيقدم لحاجة العبد وغنى الله عز وجل » الكاسانى ، ٧ : ٣٧١ : ٥ من أسفل .

(٢) « الله » ليست فى ب .

(٣) فى ب : « بما » .

(٤) « من » ليست فى ا و ح .

(٥) فى ب : « وعلى » .

(٦) كذا فى ا و ب . وفى الأصل و ح : « ثبت » . أى كفارة الفطر في رمضان (الكاساني ، ٧ : ٣٧٢ : ٧) .

(٧) فى ا و ح كذا : « المندوبة » .

(٨) راجع في ذلك بالتفصيل : الكاسانى ، ٧ : ٣٧١ - ٣٧٢ .

(٩) فى ا كذا : « الثانية » .

(١٠) فى ا و ح : « للآدميين » .

فإن الموصى له[١] يضرب مع الوصايا بالقرب ، ويجعل كل[٢] جهة من جهات القرب مفردة بالضرب ، ولا[٣] يجعل كلها جهة واحدة ، بأن قال « ثلث مالى فى الحج والزكاة والكفارات ولزيد[٤] » : يقسم على أربعة أسهم[٥] ، لأن كل جهة غير الأخرى ، ولا يقدم الفرض على حق الآدمى ، لحاجة العبد إلى حقه .

ثم إنما يصرف إلى الحج الفرض ، والزكاة ، والكفارات إذا أوصى بها[٦] ، فأما بدون الوصية : <ف> لا يصرف الثلث إليها ، بل يسقط عندنا ، خلافا للشافعى على ما ذكرنا في الزكاة[٧] .

وإذا أوصى: يعتبر[٨] من الثلث، لتعلق حق الورثة بماله[٩] فى مرض الموت .

---

(١) « فإن الموصى له » ليست فى ا و حـ .

(٢) فى حـ : « فى كل » . وفى ب : « كله » .

(٣) فى ب : « فلا » .

(٤) فى ب كذا : « وازيد » . وفي الكاسانى (٧ : ٣٧٢ : ٦ من أسفل) مثل ما في المتن .

(٥) « سهم للموصى له ، وسهم للحج ، وسهم للزكاة ، وسهم للكفارات – لأن كل جهة من هذه الجهات غير الأخرى فتفرد كل جهة بسهم » الكاساني ، ٧ : ٣٧٢ : ٥ من أسفل .

(٦) « بها » ليست فى ا و حـ .

(٧) راجع حـ ١ ص ٤٢٧ – ٤٣٠ .

(٨) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل يشبه : « يعتق » .

(٩) فى ب : « بملكه » .

وأما بيان الموصى له، وأحكامه - فنقول :

الموصى له يجب أن يكون حيا، وأن يكون أجنبيا : لا وارثا[١] له، ولا قاتلا[٢] إياه - وقد ذكرنا هذا[٣]، حتى لو[٤] **أوصى لرجلين أحدهما ميت** : تكون[٥] الوصية كلها[٦] للحي.

ولو أوصى لأجنبي[٧] ولوارثه - يكون النصف للأجنبي، لأن الوارث من أهل الوصية، حتى لو[٨] أجاز[٩] باقي الورثة : جاز.

ولو أوصى لذوي قرابته، أو لأقربائه، أو لذي قراباته، أو لأرحامه، أو لذوي رحم منه[١٠] - فإن عند أبي حنيفة : يعتبر في هذه الوصية أشياء : ذو الرحم المحرم، والأقرب[١١] فالأقرب، وأن

---

(١) في ب : « لا وارث ».

(٢) كذا في ا و ب و حـ. وفي الأصل كذا : « قالا ».

(٣) راجع فيما تقدم ص ٣٤٢.

(٤) « او » ليست في حـ. وفي ا : « إذا ».

(٥) كذا في ب. وفي الأصل و ا و حـ : « يكون ».

(٦) كذا في ا و ب و حـ. وفي الأصل : « كله ».

(٧) في ب : « وأما ولو أوصى للأجنبي ».

(٨) « لو » ليست في حـ. وفي ا : « إذا ».

(٩) كذا في ا و ب و حـ. وفي الأصل : « كان ».

(١٠) في ا و حـ : « ولو أوصى لذوي قراباته، أو لذوي أرحامه، أو لذي رحم محرم منه - فإن ... ». وفي ب : « ولو أوصى بذوي قرابته أو لأقربائه، أو لذوي أرحامه أو لذوي رحم منه فإن ». وفي الكاساني (٧ : ٣٤٨ : ٢٣) : « ولو أوصى لذوي قرابته، أو قراباته، أو لأنسبائه، أو لأرحامه، أو لذوي أرحامه - هذه الألفاظ الخمسة سواء فعند أبي حنيفة ... ».

(١١) « والأقرب » ليست في ا. وفي حـ : « للأقرب ».

لا يكون فيهم والد ولا ولد ، وأن يكون اثنين فصاعدا إن كان بلفظ الجمع ، أو[1] يقول : « لذوى[2] قرابته » . ولو قال : « لذى[3] قرابته[4] » ـ يقع على الواحد فصاعدا .

و[5] عند أبي يوسف ومحمد : الوصية لجميع قرابته ، من جهة الرجال والنساء إلى أقصى أب له فى الإسلام ، القريب و[6] البعيد فيه سواء ـ كما إذا[7] أوصى للعلوية والعباسية : يصرف إلى من يتصل بعلى وعباس رضى الله عنهما ، دون من فوقهما من الآباء .

بيانه :

ــ إذا ترك عمين وخالين : <ف> عنده : الوصية للعمين للقرب ، وعندهما : بين الكل أرباعا .

ــ ولو ترك عما وخالين : فللعم النصف ، والنصف للخالين[8] ـ عنده ، لأن اسم الجمع ، فى الوصية[9] ، ينصرف[10] إلى اثنين ، فيستحق كل

---

(١) فى ب : « إن » .
(٢) فى حـ كذا : « لذو » . وفى ا كذا : « لذوا » .
(٣) فى ا و حـ : « لذوى » .
(٤) « ولو قال : لذوى قرابته » ليست فى ب .
(٥) « و » ليست فى ب .
(٦) فى ب : « أو » .
(٧) فى ا : « لو » .
(٨) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « للخال » .
(٩) فى حـ : « للوصية » .
(١٠) في ا : « يصرف » .

واحد النصف ، فيكون للأقرب[١] النصف ، والنصف للأبعدين[٢] ، بينهما سواء .

ـــ وإن ترك عما واحدا ، ولم يكن له غيره من ذوى[٣] الرحم المحرم : فالنصف للعم ، والنصف رد[٤] على الورثة عنده . وعندهما : يصرف إلى ذى الرحم الذى ليس بمحرم .

ـــ وإن كان أوصى لذى قرابته : فجميع الثلث للعم ، لما بينا .

. . .

ولو أوصى لأهل بيت فلان ، أو لحسبه ، أو نسبه ، أو لأنسبائه[٥] : فهذا يقع على قرابة أبيه الذين[٦] ينسبون إليه ، إلى[٧] أقصى أب له[٨] فى الإسلام ، دون قرابة أمه ، لأن النسب والحسب والبيت يختص بالأب دون الأم .

وكذا لو أوصى لآل فلان : فهو بمنزلة أهل بيت فلان .

ولو أوصى لأهل فلان[٩] : فالقياس أن يقع[١٠] على زوجة فلان

---

(١) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « الأقرب » .

(٢) فى حـ : « للأبعد من » .

(٣) فى ب : « ذى » .

(٤) فى ب : « يرد » .

(٥) فى حـ و ا : « لأنسابه » .

(٦) كذا فى ب . وفى الأصل و ا و حـ : « الذى » .

(٧) « إلى » من ا و ب و حـ .

(٨) « له » من ب .

خاصة ـ وهو قول أبي حنيفة . وعندهما : يصرف إلى جميع من كان[١] في عياله من الأحرار ، ولا يدخل فيه المماليك[٢] ؛ وأما الابن الكبير الذي اعتزل عنه ، والبنت التي[٣] في بيت الزوج : < ف > لا تدخل .

• • •

ولو أوصى لبني فلان[٤] ـ < ف > إن كانوا لا يحصى عددهم[٥] ، كبني تميم وبني العباس : فإنه يصرف إلى جميع القبيلة . ويدخل فيهم[٦] الحليف[٧] والموالى[٨] بسبب الولاء والعتاقة[٩] ، لأن هذا بمنزلة الصدقة . وله أن يصرف إلى واحد وأكثر[١٠] عند أبي يوسف ، لأنه اسم جنس ؛ وعند محمد : يصرف إلى اثنين[١١] وأكثر دون الواحد[١٢] ، لأن اسم الجمع[١٣] في الوصية يقع على الاثنين[١٤] ، و[١٥] الذكر والأنثى فيه سواء ،

(١) « كان » ليست في ا و حـ .

(٢) في حـ : « مماليك » . وفي ب كذا : « المالك » .

(٣) كذا في ا و حـ . وفي الأصل : « الذي » . وفي ب : « أو البنت الذي » .

(٤) في ب : « لبني فلان لفقرائهم » . وفي ا و حـ : « لبني فلان بفقرائهم » .

(٥) في ا : « إن كانوا لا عدد لهم » . وفي حـ : « إن كان لا عدد لهم » .

(٦) في حـ : « فيه » .

(٧) في ا و حـ كذا : « الخليفة » .

(٨) في ا و ب و حـ : « والمولى » .

(٩) راجع في الجزء الثاني « ولاء العتاقة » ص ٤٢٤ ـ ٤٢٦ ؛ و « ولاء الموالاة » ص ٤٢٧ ـ ٤٢٩ .

(١٠) في ا : « أو أكثر » . وفي حـ : « أو الأكثر » .

(١١) في ا و ب : « الاثنين » .

(١٢) « وأكثر دون الواحد » ليست في ا و حـ .

(١٣) في ا و حـ : « اسم الجنس » . وفي ب : « اسم الجميع » .

(١٤) راجع فيما تقدم ص ٣٥٤ - ٣٥٥ .

(١٥) الواو من ا و ب و حـ . وفي ا و حـ : « والذكور والإناث » .

لأنه اسم للقبيلة(١) .

ولو كانوا يحصون(٢) ، وأبوهم من العرب : فإنه يدخل فيه بنو فلان(٣) من العرب ، دون الحلفاء(٤) والموالى .

ثم(٥) عند أبي حنيفة : يدخل فيه الذكور من أولاد الصلب(٦) ، دون الإناث . وقال أبو يوسف ومحمد : يدخل فيه(٧) الكل ، وهو قول أبي حنيفة الأول(٨) .

وأجمعوا أنه إذا كان الكل إناثا : لا(٩) يدخلون .

وأما إذا لم يكن لفلان ولد الصلب : فإن الوصية للذكور من أولاد البنين ، عند أبي حنيفة ، وعندهما: يدخل الكل . وهل يدخل بنو البنات ؟ فروى الحسن عن أبي حنيفة أنهم(١٠) يدخلون ، وذكر فى السير الكبير أنهم لا يدخلون .

(١) فى ا و حـ : « لأن اسم القبيلة » .
(٢) فى ب كذا : « ولو كانوا بنوا نسب قوم يحصون » . وفى ا : « ولو كان بنوا نسب وهم يحصون » . وفى حـ : « ولو كان بنو نسب قوم يحصون » .
(٣) « بنو فلان » ليست في ا و حـ .
(٤) فى ا و ب و حـ : « الخلفاء » .
(٥) في ب : « ثم إن »
(٦) فى ا : « من أولاده لصلبه » .

ولو كان له ابن واحد، و[١] بنو بنين : فللابن النصف ، والباقى للورثة ، دون بنى البنين . وعندهما : للابن النصف ، والباقى لبنى البنين .

ولو كان له ابنان، وبنو ابن : فالكل للابنين ، لأن الابنين في الوصية بمنزلة الجمع .

ولو كان له[٢] ابن واحد ، وبنات : فالنصف للابن ، والباقى للورثة عند أبي حنيفة . وعندهما : للابن النصف ، والباقى للبنات .

ولو كان له[٣] بنات ، وبنو ابن : فلا شيء لهم ، بل للورثة[٤] ، عنده ، وعندهما : للكل[٥] ، على السواء .

. . .

ولو[٦] أوصى لولد فلان ـ فإنه يدخل فيه الذكر والأنثى[٧] ، على السواء ، ويدخل فيه الجنين الذى يولد لأقل من[٨] ستة أشهر ، ولا يدخل ولد الولد ما دام الصلبي حيا . ولو كان له بنات[٩] وبنو الابن :

= وسنذكر المسألة إن شاء الله تعالى » . وفى ص ٣٤٥ : ١٦ : « ولا يدخل أولاد البنات فى الوصية فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه وذكر الخصاف عن محمد رحمهما الله أن ولد البنات يدخلون فيها كولد البنين وذكر فى السير الكبير : إذا أخذ الأمان لنفسه وولده لم يدخل فيه أولاد البنات ـ فصار عن محمد رحمه الله روايتان . وجه رواية الخصاف ... الخ » .

(١) « و » ليست فى حـ ففيها كذا : « ابن واحد بنو بنين » . وفى الأصل و ا و ب كذا : « وبنوا بنين » .

(٢) « له » من ا و ب و حـ .

(٣) « له » ليست فى ا و حـ .

(٤) « بل للورثة » ليست فى ا و حـ .

(٥) فى ا و حـ : « الكل » .

(٦) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « قال : ولو » .

(٧) فى ا و حـ : « الذكور والإناث » .

(٨) « من » ساقطة من ا .

(٩) في ا و حـ : « فإن كان بنات » . وفي ب : « فإن كانت بنات » .

فهى للبنات لاغير . ولو كان ولد[١] واحد : فالكل[٢] له ، لأن اسم الولد[٣] يقع له[٤] .

ولو أوصى لعقب فلان ـ فعقب[٥] الرجل هو ولده من[٦] الذكور والإناث . فإن لم يكن : فولد ولده من الذكور دون الإناث ، ودون ولد[٧] الإناث . ويكون هذا الاسم بعد موت الأب ، لاقبله ، حتى إن الموصي إذا مات ، وفلان حى : فلا[٨] شىء لهم ، لأنهم لا يكونون عقبا حال حياته .

وكذا لو أوصى لورثة فلان ـ فهو مثل « عقب فلان[٩] » ، إلا أن فى العقب : سهم[١٠] الذكر والأنثى سواء[١١] ، وفى الورثة : يكون بينهم[١٢] على قدر المواريث[١٣] .

ولو أوصى لعصبة فلان ـ فإنه يصح الوصية ، وإن لم يمت فلان ، حتى إذا

---

(١) «ولد» من ا و ب . وفي حـ : « ولو كان ولدا واحدا » .
(٢) فى حـ كذا : « ما الكل » .
(٣) « الولد » ليست فى حـ .
(٤) في ا و ب و حـ : « يقع على الواحد » .
(٥) في ب كذا : « يعقب » .
(٦) في حـ كذا : « هو ولد فمن » .
(٧) في حـ : « والد » .
(٨) الفاء من ب .
(٩) « فلان » من ا و ب و حـ . وراجع المسألة السابقة .
(١٠) في ب كذا : « بينهم » وانظر الهامش التالى .
(١١) في ا : « إلا أن فى العقب : الوصية سهم الذكور والإناث » . وفى حـ كذا : « إلا أن الوصية فى العقب : الوصية سهم الذكور والإناث » .
(١٢) في ا و حـ : « سهمهم » .
(١٣) في ا كذا : « على قدر مقدم المواريث مؤخر » .

مات الموصى : تصرف الوصية إلى عصبته ، فإن كان له أب وابن : فالعصبة هو الابن دون الأب ، ويكون للأقرب فالأقرب على ترتيب العصبات.

ولو أوصى لأختانه ـ فالخَتَن[١] زوج كل ذات[٢] رحم[٣] محرم منه ، وكل ذى رحم محرم[٤] من أزواجهن ، من الذكر والأنثى ، وهم فى الوصية سواء[٥] .

ولو أوصى للأصهار[٦] ـ فالصهر كل ذى رحم محرم[٧] من زوجته، الذكر والأنثى[٨][٩] .

ولو أوصى لأيتام بنى[١٠] **فلان** ـ فإنه يقع على من لا أب له .

---

(١) فى المصباح : «الخَتَن بفتحتين عند العرب : كل من كان من قبل المرأة كالأب والأخ، والجمع أختان . وختن الرجل عند العامة : زوج ابنته . وقال الأزهرى : الختن أبو المرأة والختنة أمها، فالأختان من قبل المرأة والأحماء من قبل الرجل والأصهار يعمهما. ويقال المخاتنة المصاهرة من الطرفين ـ يقال : خاتنتهم إذا صاهرتهم » .

(٢) فى ب : « ذى » .

(٣) « رحم » ليست فى حـ .

(٤) « محرم » ليست فى ب .

(٥) « وهم فى الوصية سواء » من ا و ب و حـ .

(٦) فى ا و ب و حـ : « لأصهاره » .

(٧) « محرم » من ا و ب و حـ .

(٨) في ا و حـ : « الذكور والإناث » .

(٩) زاد هنا فى ا و حـ : « فزوجُ أمها دون زوجة أبيها وزوج أختها » . وفى ب : « وزوج أمها دون زوجة أبيها وزوجة أخيها » . وفى الكاسانى (٧ : ٣٥١ : ٩) : « وقال فى الإملاء: إذا قال أوصيت بثلث مالى لأصهارى : فهو على كل ذى رحم محرم من زوجته وزوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذى رحم محرم منه ـ فهؤلاء كلهم أصهاره، ولا تدخل في ذلك الزوجة ولا امرأة أبيه ولا امرأة أخيه » .

(١٠) في حـ كذا : « بين » .

ولو أوصى لأيامى بنى فلان – فالأيّم كل امرأة لازوج[1] لها، بكرا كانت أو ثيبا. وعند محمد: يقع على الثيب الأيم[2]. والأرملة كل امرأة[3] محتاجة أرملت من[4] زوجها ومالها.

. . .

ثم هذه[5] الوصايا نوعان:

فالوصية **لقوم[6] يحصون**: تقع على عدد رؤوسهم، على السواء: ذكرهم وأنثاهم[7]، غنيهم وفقيرهم، صغيرهم وكبيرهم.

فأما إذا كانوا **لايحصى عددهم**: فهو على ثلاثة أوجه:

إن أوصى لأهل الحاجة نصا، بأن قال: «لفقراء بنى تميم أو لمساكينهم وأراملهم[8]» - فإنه يصح[9]، لأن الحق فيه لله تعالى، والفقراء مصارف، فصاحب[10] الحق معلوم، فصحت[11].

والثانى - أن[12] يذكر اسما لا يدل على الحاجة، لا عرفا ولا لغة،

---

(١) فى حـ كذا: «لا تزوج».

(٢) فى ا و ب و حـ: «الثيب لا غير».

(٣) «امرأة» ليست فى ا و حـ.

(٤) «من» من ا و ب و حـ.

(٥) «هذه» ليست في ا و حـ.

(٦) «لقوم» ليست فى ا.

(٧) فى ب: «وإناثهم».

(٨) كذا فى ا و حـ. وفى الأصل: «وأرملتهم». وفي ب كذا: «وأزملهم».

(٩) في حـ: «لايصح».

(١٠) في ا: «وصاحب».

(١١) «فصحت» ليست في ب.

(١٢) «أن» ليست في ا و حـ.

كقوله : «أوصيت لبني فلان » أو « لأيامى بني[1] فلان[2] » أو « لشبانهم » أو « لكهولهم » أو « لشيوخهم » – فإنه لا يجوز ، لأن الوصية تقع[3] لهم ، وهم[4] مجهولون .

والثالث – أن يكون[5] الاسم قد[6] يقع على الفقراء ، إما في عرف اللغة أو في عرف الشرع ، كما إذا أوصى « لأيتام بني فلان » أو « لعميانهم » أو « لزمناهم[7] » لقوله تعالى : « واليتامى والمساكين »[8]

---

(١) « بنى » ليست في ب .

(٢) زاد هنا في ا و حـ كذا : « أو لنسائهم أو لهرمايهم » .

(٣) « تقع » من ا و ب و حـ .

(٤) في حـ : « وهو » .

(٥) « يكون » ليست في ا و حـ .

(٦) «قد» ليست في ا .

(٧) كذا في ب . ولكن فيها : « ولزمناهم » . وفي حـ كذا : « أو لزمانهم » . وفي ا كذا : أو « لازمنائهم » . وفي الأصل كذا : « زمينهم » . و« الزمن » الذي طال مرضه زمانا (المغرب) .

(٨) في الآيات التالية :

البقرة : ٨٣ – « وإذ أخذنا ميثاق بني اسرائيل لا تعبدون إلا الله وبالوالدين إحسانا وذي القربى واليتامى والمساكين ... » .

البقرة : ١٧٧ – « ... ولكن البر من آمن بالله واليوم الآخر والملائكة والكتاب والنبيين وآتى المال على حبه ذوي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل والسائلين وفي الرقاب ... » .

البقرة : ٢١٥ – « يسألونك ماذا ينفقون ؟ قل ما أنفقتم من خير فللوالدين والأقربين واليتامى والمساكين وابن السبيل ... » .

النساء : ٨ – « وإذا حضر القسمة أولو القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه وقولوا لهم قولا معروفا » .

النساء : ٣٦ – « واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئا وبالوالدين إحسانا وبذي القربى واليتامى والمساكين والجار ذي القربى والجار الجنب والصاحب بالجنب وابن السبيل وما ملكت أيمانكم إن الله لا يحب من كان مختالا فخورا » .

الحشر : ٧ – « ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كي لا يكون دولة بين الأغنياء منكم ... » .

فمتى كانوا لا[1] يحصون : يستدل به أنه[2] أراد به الفقراء منهم ، تصحيحا للوصية ، بخلاف ما إذا كانوا يحصون[3] : فإنه يقع على الأغنياء والفقراء جميعا ، لأنه[4] يمكن[5] العمل بحقيقة الاسم ، لأن الوصية تصح[6] لهم[7] .

ولو أوصى « لغلمان بني فلان ولصبيانهم »[8] - يقع على من لم يحتلم .

ولو قال[9] : **« لشبانهم » أو « لفتيانهم »**[10] - يقع على من بلغ منهم إلى أن يصير كهلا ودخل فى الثلاثين ، إلا إذا غلبه الشمط[11] قبل ذلك . والكهل يقع على من دخل فى[12] الثلاثين إلى خمسين ، إلا إذا غلب البياض . والشيخ يقع على الخمسين إلى آخر العمر ، إلا إذا غلب[13] البياض قبله - هذا هو الأشبه من الأقوال .

---

(١) « لا » ليست في ا و حـ . ففيهما كذا : « كانوا يحصون » .

(٢) في حـ : « إذا » . وفي ب : « استدل به أنه »

(٣) في ا و حـ كذا : « لا يحصون » .

(٤) في ب : « على الأعيان منهم : الغني والفقير سواء لأنه » . وفي ا و حـ : « على الأغنياء منهم لا غير لأنه » .

(٥) في ا و حـ : « لا يمكن » .

(٦) « تصح » ليست في ا و حـ .

(٧) انظر الكاساني ، ٧ : ٣٤٦ .

(٨) فى ا و حـ : « أو لصبيانهم » . وفى ب : « أو صبيانهم » .

(٩) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « قالوا » .

(١٠) في حـ : « لصبيانهم أو لنسائهم » . وفي ا : « لكهولهم أو لنسائهم » .

(١١) رجل أشمط خالط شعره بياض . وعن الليث : الشمط في الرجل شيب اللحية وقيل الشمط بياض شعر الرأس يخالطه سواده (المغرب) .

(١٢) « من دخل في » من ا و حـ .

(١٣) فى ب : « غلبه » .

فصل

فى

الإيصاء

نقول[١]:

الإيصاء جائز .

ولا بد له[٢] من القبول < من الوصى >[٣] ، لأنه متبرع بالعمل فيه[٤] ، فلا بد من قبوله .

وكان ينبغي أن يعتبر القبول بعد الموت ، كما فى الوصية بالمال ، لأنه إيجاب بعد الموت ، لكن جاز ههنا[٥] القبول فى حال الحياة ، بخلاف الوصية بالمال[٦] ، لضرورة أن[٧] الميت إنما يوصى إلى من يعتمد عليه من الأصدقاء و[٨] الأمناء ، فلو[٩] اعتبر القبول بعد الموت ، فربما لا يقبل ، فلا يحصل غرضه ، وهو الوصى الذى اختاره .

• • •

---

(١) كذا فى ب . وفى الأصل و ا و حـ : « فنقول » .

(٢) « له » ليست فى ا و ب و حـ .

(٣) فى ا و ب و حـ : « من الموصى » .

(٤) « فيه » ليست فى ب . وفى ا و حـ : « له » .

(٥) « ههنا » ليست فى ا و حـ .

(٦) « بالمال » ليست فى ا و حـ .

(٧) فى ب : « بالضرورة لأن » .

(٨) « و » ليست فى ا و ب و حـ . ففيها : « من الأصدقاء الأمناء » .

(٩) الفاء من ا و حـ .

وإذا صح ـ فلا[١] يخلو : إما إن كان الوصى حاضرا أو غائبا .

فإن كان حاضرا ، و[٢]قبل مواجهة : صح . ولو أراد أن يرد الوصاية ويرجع : لا[٣] يصح ، بدون محضر[٤] الموصى ، أو علمه ، لما فيه من الغرور به[٥] . وإذا رد فى المواجهة[٦] : صح .

فأما إذا كان غائبا ، فبلغه الخبر ، فقبل : < ف > لا يصح رده إلا بحضرة الموصى .

وإذا بلغه ، ولم[٧] يقبل و[٨]رده : صح ، بغير محضره[٩] ، لأنه ليس بغرور[١٠] .

وأما إذا بلغه بعد الموت : فإذا قبل ، أو تصرف فى التركة تصرفا يدل[١١] على قبوله : فلا يصح رده ، إلا عند الحاكم ، لأنه قائم مقام الموصى ، كالوكيل : لا يملك عزل نفسه[١٢] ، فى حال غيبة الموكل ، ويملك فى حال حضرته .

---

(١) الفاء من ا و ب و حـ .
(٢) فى حـ : « أو » .
(٣) « لا » ليست فى حـ .
(٤) فى ا و حـ : « حضرة » .
(٥) فى حـ كذا : « الغرورية » .
(٦) فى ا و ب و حـ : « وإن رد مواجهة » .
(٧) فى ا و حـ : « فلم » . انظر الهامش التالى .
(٨) « و » ليست فى حـ . ففيها : « فإذا بلغه فلم يقبل رده يصح » .
(٩) فى ا و حـ : « حضرته » . وفى ب : « محضر » .
(١٠) فى حـ كذا : « بغروب » .
(١١) فى ا و ب و حـ : « فإنه يدل » . وفى الأصل توجد « فإنه » ولكنها مشطوبة .
(١٢) فى حـ كذا : « لايملك على نفسه » .

فأما إذا لم يقبل ، ورد ، كما علم : يصح ، وله الخيار بين أن يقبل ، ويرد[١] ، لأنه[٢] متبرع في العمل ، فلا[٣] يجبر عليه .

. . .

ولو لم يعلم القاضي بأن الميت وصيا ، والوصي غائب ، فأوصى إلى رجل : فالوصي[٤] هو وصي الميت ، دون وصي القاضي ، لأنه اتصل به اختيار الميت ، كما إذا كان القاضي عالما .

. . .

ثم للقاضي أن يعزل وصي الميت ، إذا[٥] كان فاسقا ، غير مأمون على التركة . وإن كان ثقة ، لكنه ضعيف ، لا يقدر على التصرف ، وحفظ التركة بنفسه : فإن القاضي يضم إليه غيره ، ولا يعزله ، لاعتماد الموصي عليه لأمانته ، فيحصل الغرض بهما[٦] .

ولو أوصى الميت إلى رجل ، ثم أوصى إلى آخر ، كان هذا اشتراكا في الوصاية ، ما لم[٧] ينص على عزل[٨] الأول و[٩] إخراجه . وكذلك هذا من القاضي .

---

(١) في ا : « ويرده » . وفي حـ كذا : « وترده » .

(٢) « نه » من « لأنه » ساقطة في ب .

(٣) في حـ : « ولا » .

(٤) « إلى رجل فالوصي » ليست في ب .

(٥) في ب : « إلا إذا » .

(٦) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « بها » .

(٧) في ا و حـ : « في الوصية فإذ لم » .

(٨) « عزل » ليست في ا و حـ .

(٩) « و » ليست في ا و حـ .

واو أنه(١) أوصى إلى رجل بقضاء(٢) دينه ، وأوصى إلى آخر بأن(٣) يعتق عنه : فهو وصيان فيهما جميعا ، عند أبي حنيفة وأبي يوسف(٤) .

وكذلك(٥) إذا أوصى بنصيب بعض ولده إلى رجل ، وبنصيب من بقي إلى(٦) آخر .

وعلى هذا : لو أوصى بميراثه(٧) فى بلد إلى رجل ، وفى بلد آخر إلى آخر .

وكذلك لو أوصى بتقاضى الدين إلى رجل ، وبنفقة الورثة إلى آخر ، وبحفظ المال إلى آخر .

وكذا إذا أوصى إلى(٨) إنسان للحال ، وإلى آخر إن قدم ، فإذا قدم(٩) فلان فهو وصى دون الأول — فهما وصيان فى ذلك كله عند أبى حنيفة وأبي يوسف ، خلافا لمحمد ، لأن الوصاية لا تتجزأ عندهما : متى ثبتت(١٠) فى البعض ، تثبت(١١) فى الكل . وروى عن أبي حنيفة

---

(١) « أنه » ليست فى ا و حـ .

(٢) فى ا و حـ : « يقبض » .

(٣) فى ا و حـ : « أن » .

(٤) زاد فى ب هنا : « وعند محمد : حصل كل واحد منهما وصى فيما جعل إليه — هذا المشهور من الخلاف » . وستأتى هذه الجملة فى الأصل و ا و حـ فيما بعد (انظر الهامش ٤ من الصفحة التالية) .

(٥) « كذلك » ليست فى ا و حـ . وفى ب : « وكذا » .

(٦) « إلى » ليست فى حـ .

(٧) فى ا : « ميراثه » .

(٨) « إلى » ليست فى ا و حـ .

(٩) « فإذا قدم » ليست فى ا و ب و حـ ففيها : « وإلى آخر : إن قدم فلان فهو وصى دون الأول » .

(١٠) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « ثبت » .

(١١) « فى البعض تثبت » ليست فى ا .

فيمن « أوصى إلى فلان حتى يقدم[١] فلان ، فإذا قدم، فهو[٢] الوصى ، دون الأول » ـ فهو كما قال ، فيكون عن أبى حنيفة روايتان فى هذا . ويجوز أن يكون[٣] الأول قول أبى يوسف خاصة .

وعند محمد : كل واحد منهما وصى، فيما جعل إليه ـ هذا هو المشهور من الخلاف[٤] .

. . .

ولو أوصى إلى رجل ، وهو وصى لرجل آخر : فإنه يكون وصيا ، فى تركته ، وتركة الأول ، عندنا ـ خلافاً لابن أبى ليلى .

. . .

ولو أوصى إلى رجلين : فإن أحدهما لا ينفرد بتصرف[٥] يحتاج فيه[٦] إلى الرأى عند أبى حنيفة ومحمد . وعند أبى يوسف : ينفرد .

ثم إن عندهما : ينفرد فى أشياء مخصوصة[٧] ، بأن يكون فى تأخير التصرف ، ضرر ، إلى حضرة صاحبه[٨] ، أو[٩] لا يحتاج فيه إلى الرأى ،

---

(١) فى ب : « مقدم » .

(٢) فى ا و حـ : « فإذا قدم فلان فهو » .

(٣) « يكون » ليست فى ا و حـ .

(٤) « وعند محمد ... الخلاف » ليست فى ب فى هذا الموضع وقد جاءت فيها فيما تقدم فى الصفحة السابقة عقب قوله فى السطر الثانى منها : « فهما وصيان فيهما جميعا عند أبى حنيفة وأبى يوسف » وقد أشرنا إلى ذلك فى الهامش ٤ من الصفحة السابقة .

(٥) فى ا : « فى تصرف » .

(٦) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « إليه » .

(٧) فى ا و حـ كذا : « محضورة » .

(٨) فى ب : « فى تأخير التصرف إلى حضرة صاحبه ضرر » .

(٩) فى ا : « إذ » ـ ويشبه أن تكون كذلك فى حـ .

وذلك[١] نحو شراء الكفن ، وجهاز[٢] الميت ، وكذا جمع الأموال[٣] المتفرقة ، من قبض الديون والودائع والمغصوب[٤]. وكذلك فى أداء ما على الميت من رد الودائع والمغصوب[٥] ، وقضاء الدين[٦] ، وتنفيذ الوصية بألفين أو بألف مرسلة ، أو بإعتاق عبد بعينه ، بخلاف الوصية بأعمال البر أو[٧] إعتاق عبد غير معين[٨] ، لأنه يحتاج فيه إلى الرأى .

وكذا شراء[٩] ما لا بد لليتيم منه ، نحو الإنفاق[١٠] والكسوة ، وكذا قبول الهبة[١١] ، وبيع ما يتسارع إليه الفساد ، لأن[١٢] فيه منفعة للصبي .

وكذا ينفرد بالخصومة : للميت ، وعليه .

• • •

ولو مات أحد الوصيين، وأوصى إلى رجل آخر ـ جاز، ويكون قائماً مقامه.

---

(١) « وذلك » من ا و ب و حـ .

(٢) فى ب : « تجهيز » .

(٣) فى ب : « وكذا جميع الأموال المتفرقة » . وفى ا و حـ : « وكذلك فى جميع المتفرقة » مع تكرار « المتفرقة » .

(٤) فى ا و ب و حـ : « والغصوب » . وانظر الهامش التالى .

(٥) فى ب : « والغصوب » . و « وكذلك فى أداء ... والمغصوب » ليست في ا و حـ . وراجع الهامش السابق .

(٦) فى ا و ب : « الديون » .

(٧) فى ا و ب و حـ : « و » .

(٨) فى ا : « عبد بغير عين » .

(٩) في حـ كذا : « اشترى » .

(١٠) في ب : « الانفاق » . وفى ا و حـ : « كالإنفاق » .

(١١) فى حـ : « قبول الهدية له » .

(١٢) فى ب : « لأنه » .

وإن لم يوص إلى آخر : فللقاضي[١] أن ينصب وصيا آخر ، حتى ينفذ تصرفهما عندهما ، خلافا لأبي يوسف[٢] .

. . .

ثم وصي الأب أولى من الجد . فإن لم يكن ، فالجد ، ثم وصي الجد . فإن لم يكن ، فالقاضي ووصي[٣] القاضي .

. . .

ثم ينظر :

إن كان[٤] في التركة دين ـ يملك الوصي[٥] بيع كل شيء ، لقضاء الدين ، من العقار والمنقول .

وإن لم يكن دين ـ والورثة كلهم صغار : يملك بيع كل شيء[٦] ، وإمساك ثمنه[٧] ، والتصرف فيه .

وإن كان كلهم كبارا ، وهم حضور : ليس له ولاية بيع شيء ، إلا إذا كان فيه وصايا[٨] .

وإن كانوا غُيبا : يملك بيع المنقول ، لأن حفظ الثمن أيسر ، وله ولاية حفظ مال الغائب ، ولا يملك بيع العقار .

---

(١) الفاء من ا و ب و حـ . وفيها : « ولإن لم يوص إلى أحد فللقاضي » .
(٢) راجع ماتقدم في ص ٣٦٩ مسألة : « ولو أوصى الى رجلين » .
(٣) في ا و حـ : « ثم وصي » .
(٤) زاد هنا في ب : « له » .
(٥) « الوصي » من ا و ب و حـ .
(٦) هنا تكرار في ب .
(٧) في ا و ب و حـ : « وإمساكه عنه » .
(٨) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « وصيا » .

وإن كان بعضهم صغاراً، وبعضهم كبارا غيّبا: يملك بيع العقار عند أَبى حنيفة. وعندهما: لا يصح فى حصة الكبار.

. . .

وأما وصى الأم[١]، والأخ، والعم - فهؤلاء[٢]، بأنفسهم، يملكون[٣] حفظ مال الصبى[٤]، وبيع المنقول، لأنه من باب الحفظ.

. . .

ولو قال لرجل: «إن مت من مرضى هذا[٥] أو فى[٦] سفرى هذا: فأنت وصيى فى مالى[٧]» - فبرأ[٨] ولم يمت، حتى رجع[٩] من السفر، ثم مات: لا يكون وصيا، لأنه تعلق[١٠] بشرط[١١] خاص، ولم يوجد.

. . .

ولو أوصى[١٢] إلى عبد إنسان، أو إلى ذمى، أو إلى[١٣] صبي عاقل:

---

(١) فى حـ: «ولو أوصى إلى الأم» . وفى ا: «ومن أوصى إلى الأم» .
(٢) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل: «وهؤلاء» .
(٣) فى ا و حـ: «يملك» .
(٤) فى ا و ب و حـ: «الصغير» .
(٥) «هذا» من ا و ب و حـ .
(٦) «فى» ليست فى ب .
(٧) «فأنت وصيي فى مالى» من ا و ب و حـ .
(٨) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل: «وبرىء» .
(٩) فى ب: «ولم يمت أو رجع» .
(١٠) فى ا و ب و حـ: «معلق» .
(١١) «بشرط» ليست فى ا و حـ .
(١٢) فى حـ: «والوصى» .
(١٣) «إلى» من ا و حـ .

فإنه لا ينفذ ، ويخرجه القاضى . ولو عتق[١] العبد ، و[٢] أسلم الذمى ، قبل إخراج القاضى : تنفذ الوصايا[٣] . وإذا بلغ الصبي : لا تنفذ عند أبى حنيفة ، وعندهما : تنفذ . ولو تصرف العبد أو[٤] الذمى ، قبل الإخراج : يصح فى رواية ، ولا يصح فى رواية . وفى الصبي : لا يصح بالإجماع .

ولو أوصى إلى عبد نفسه : < ف >إن لم يكن فى الورثة كبير : جاز عند أبى حنيفة ، خلافا لهما . ولو كان فى الورثة كبير : لا يصح[٥]، بالإجماع[٦] .

---

(١) فى ا و ب و حـ : « أعتق » .
(٢) فى ا : « أو » .
(٣) فى ا : « الوصية » . وفى حـ و ب : « الوصاية » .
(٤) فى ا و ب و حـ : « و » .
(٥) في ب : « لا يجوز » .
(٦) زاد في ب : «والله تعالى أعلم ». وفى ا و حـ : « والله أعلم » .

باب[1]

الرجوع عن الوصية

أصل الباب[2] أن الرجوع في[3] الوصية صحيح ، لأنه تبرع لم يتم ، لأن[4] القبول فيه بعد الموت[5] ، فيملك الرجوع ، كالرجوع عن الإيجاب ، في البيع ، قبل[6] القبول[7] .

وإذا ثبت أنه يصح الرجوع فيه ـ فكل فعل ، يوجد من الموصى فيه[8] دلالة على تبقية الملك لنفسه[9] : يكون[10] رجوعاً . وكل فعل يدل على إبقاء العقد وتنفيذ الوصية : لا يدل على الرجوع ـ < كما > إذا وجد منه[11] فعل أو[12] فعل في ملك غيره ينقطع حق الملك المالك[13] ، ويصير ملكاً له[14] .

---

(1) في ب : « كتاب » .

(2) في ا و حـ « قال رحمه الله : أصل الباب » .

(3) في ا و ب و حـ : « عن » .

(4) في ا و ب و حـ : « ولأن » .

(5) راجع فيما تقدم ص ٣٣٩ .

(6) في ا و ب و حـ : « قبل » .

(7) في ا و حـ : « قبول المشترى » . وراجع ص ٤٤ من الجزء الثاني .

(8) « فيه » من ا و حـ .

(9) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « بنفسه » .

(10) في حـ : « ويكون » .

(11) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « فيه » .

(12) كذا في ب . وفي الأصل و ا و حـ : « أو » .

(13) في ا و ب و حـ : « ينقطع حق المالك » .

(14) انظر ما يلي في المتن والهامش ٦ من الصفحة التالية .

فإذا فعل بعد الوصية فى الموصى به ، ما[(١)] يدل على[(٢)] إبقاء الملك فيه[(٣)] لنفسه[(٤)] : فيكون رجوعا ، كما إذا أوصى بثوب ثم قطعه[(٥)] وخاطه ـ ونظائره كثيرة[(٦)] .

وكذا إذا اتصلت بعين[(٧)] الموصى به زيادة ،لا يمكن تمييزها[(٨)] ، و[(٩)] لا يستحق عليه[(١٠)] نقضها[(١١)] : فإنه يكون رجوعا[(١٢)] ، لأنه

---

(١) « ما » ليست فى ا و ب و حـ .

(٢) فى ا و حـ : « فعله على » .

(٣) « فيه » من ا و ب و حـ .

(٤) « لنفسه » ليست فى ا و ب و حـ . وهى فى الأصل غير واضحة ولا مفهومة فى المتن وقد كتب تحتها « بنفسه » .

(٥) الهاء من ا و ب و حـ .

(٦) « كثيرة »من ا و حـ .وعبارة الكاسانى (٧ : ٣٧٨ : ٥ من أسفل): « ثم الرجوع قد يكون نصا ، وقد يكون دلالة ، وقد يكون ضرورة . أما النص فهو أن يقول الموصى : رجعت . أما الدلالة فقد تكون فعلا وقد تكون قولا ، وهو أن يفعل في الموصى به فعلا يستدل به على الرجوع أو يتكلم بكلام يستدل به على الرجوع ـ وبيان هذه الجملة : إذا فعل فى الموصى به فعلا لو فعله فى المغصوب لانقطع به ملك المالك ، كان رجوعا ، كما إذا أوصى بثوب ثم قطعه وخاطه قميصا أو قباء ... الخ » . وانظر فيما بعد الهامش ١١ .

(٧) فى حـ كذا : « تعيين » .

(٨) كذا فى ا . وفى الأصل :«تميزها» . وفى ب : « نميزها ». وفى حـ :«لا تمييزها» .

(٩) « و » ليست فى ا و حـ.وفى ب : « أو » .

(١٠) « عليه » ليست فى ب .

(١١) كذا فى ا و ب و حـ .وفى الأصل: « بعضها ».وفى الكاسانى(٧ : ٣٨٤ : ١٠ من أسفل) : « وأما الرجوع الثابت من طريق الضرورة فنوعان : أحدهما ـ أن يتصل بالعين الموصى بهزيادة لا يمكن تسليم العين بدونها ... أو أوصى ببطانة ثم بطن بها أو بظهارة ثم ظهر بها لأنه لا يمكن تسليم الموصى به إلا بتسليم ما اتصل به ولا يمكن تسليمه إلا بالنقض ولا سبيل إلى التكليف بالنقض لأنه تصرف فى ملك نفسه فجعل رجوعاً من طريق الضرورة ويمكن إثبات الرجوع فى هذه المسائل من طريق الدلالة أيضا لأن اتصال الموصى به بغيره حصل بصنع الموصى فكان تعذر التسليم مضافاً إلى فعله ، وكان رجوعاً منه دلالة» .وراجع فيما تقدم الهامش ٦

(١٢) في ب كذا : « مرجوعا » .

لا يمكن تسليمها إلا بتسليم تلك[1] الزيادة ، ولا[2] يجب عليه ذلك ، فيدل على الرجوع - وذلك كالسويق إذا لته[3] بالسمن ، أو بنى بناء فى الدار الموصى بها ، وكذلك لو أوصى بقطن ثم حشا[4] به قباء وضربه[5] ، أو بثوب[6] فجعله ظهارة أو بطانة ، لأنه لا يجب عليه نقض ذلك ، لكونه تصرفا فى ملكه .

وكذلك لو أزال الموصى به عن ملكه - بأن باعها ، ثم اشتراها[7] : بطلت الوصية .

ولو ذبح الشاة : تبطل الوصية ، بنفس الذبح ، لانه يدل على الرجوع ، لأن الذبيحة لا تبقى إلى[8] ما بعد الموت .

ولو أوصى بقميص ، ثم نقضه[9] ، وجعله قباء : يكون رجوعاً . ولو لم يخطه قباء ، لكن نقض القميص : فيه اختلاف المشايخ .

ولو أوصى بدار ، ثم جصصها أو هدمها[10] : لا يكون رجوعا ، لأن البناء تبع ، والتجصيص زينة .

(١) فى حـ كذا : « ترك » .
(٢) فى ب : « فلا » .
(٣) فى ب : « لت بسمن » .
(٤) فى ا و حـ : « وحشا » .
(٥) فى حـ : « اضربه » .
(٦) فى حـ : « ثوب » . وفى ب : « ثوبا » .
(٧) فى ب : « باعه ثم اشتراه » .
(٨) مكتوبة في حـ كذا : « الا » .
(٩) فى ا و ب : « فتقه » . وفى حـ كذا : « ففقه » .
(١٠) فى حـ : « هدمه » .

وكذلك لو غسل الثوب[١] الموصى به ، لإزالة[٢] الوسخ .

ولو قال : « أوصيت بهذا العبد[٣] لفلان[٤] » ثم قال : « أوصيت بهذا[٥] لفلان آخر[٦] » ـ يكون شركة .

ولو قال : « العبد الذى أوصيت به لفلان، هو لفلان » ـ يكون للثانى، ولا يكون شركة .

ولو قال : « العبد الذى أوصيت به لفلان ، فقد أوصيت به لفلان » ـ يكون شركة[٧] .

ولو أوصى ، ثم أنكر الوصية ، وجحدها ـ فالجحود لا يكون رجوعا عند أبى يوسف[٨] ، وعند محمد : يكون رجوعا[٩] .

---

(١) « الثوب » ليست فى ب .

(٢) فى ا و حـ : « لأنه لإزالة » . وفى ب : « لأنه أزال » .

(٣) « العبد » ليست فى ا .

(٤) « لفلان » ليست فى حـ .

(٥) في حـ كذا : « لهذا » .

(٦) « آخر » من ب .

(٧) « ولو قال : العبد الذى أوصيت به لفلان فقد أوصيت به لفلان يكون شركة » ليست فى ا و حـ .

(٨)و(٩) فى حـ : « عند أبى حنيفة » . وفى ا : « لا يكون رجوعا عند أبي حنيفة ومحمد . وعند أبى يوسف: يكون رجوعا » . وفى الكاسانى (٧ : ٣٨٠ : ١٠ من أسفل) : « ولو أوصى ثم جحد الوصية : ذكر فى الأصل أنه يكون رجوعا ولم يذكر خلافا . قال المعلى عن أبى يوسف في نوادره : قال أبو يوسف رحمه الله تعالى فى رجل أوصى بوصية ثم عرضت عليه من الغد فقال : لا أعرف هذه الوصية ـ قال : هذا رجوع منه . وكذلك لو قال : لم أوص بهذه الوصية ـ قال : وسألت محمدا عن ذلك ، فقال : لا يكون الجحود رجوعا . وذكر فى الجامع : إذا أوصى بثلث ماله لرجل ثم قال بعد ذلك : اشهدوا أنى لم أوص لفلان بقليل ولا كثير ـ لم يكن هذا رجوعا منه عن =

ولو أوصى بعبد لإنسان ، ثم قال : «ما أوصيت لفلان فهو لعمرو» - وهو حى ، ثم مات عمرو قبل موت[1] الموصى : يكون ميراثا ، لأن الوصية انتقلت إلى عمرو ، فإذا مات قبل موت الموصى ، بطلت الوصية ، فيكون ميراثا[2] .

ولو قال : « ما أوصيت لفلان ، فهو لعَقِب عمرو » - وعمرو حى ، فإن مات عمرو قبل موت الموصى : فهو لورثة عمرو ، لأنهم صاروا عقبا له ، قبل نفاذ الوصية بالموت. ولو مات الموصى ، وعمرو حى - فتكون الوصية لفلان[3] ، لأنه لم تنتقل الوصية إليهم ، لأن العقب لا يكون قبل موت عمرو .

. . .

ولو أوصى بسيف[4] لإنسان ، فهو له بغمده وحَمَائِله عند أبى حنيفة وزفر . وقال أبو يوسف : له[5] السيف لا غير[6] .

وكذا لو أوصى بالميزان والقَبَّان والسَرْج - فعند زفر : يدخل كل[7]

= وصية فلان ، ولم يذكر خلافا - فيجوز أن يكون ما ذكر فى الأصل قول أبى يوسف وما ذكر في الجامع قول محمد ، ويجوز أن يكون في المسألة روايتان » .

(١) « موت » ليست فى ا و ح .

(٢) فى ا و ب و ح : « بطلت الوصية له فتعود ميراثا » .

(٣) « لفلان » ليست فى ح . وفى ا : « لعمرو » .

(٤) فى ا : « بسيفه » . وفى ح : « سيف » .

(٥) « له » ليست فى ا و ح .

(٦) انظر فى الصفحة التالية مسألة ما لإذا أوصى بمصحف .

(٧) « كل » ليست في ا و ح .

ما كان من توابع ذلك الشيء . وعند أبى يوسف : يدخل ما كان متصلا به[١] .

وفى المصحف الذى له غلاف : عند أبى حنيفة وأبى يوسف[٢] : لا يدخل الغلاف . وعند زفر : يدخل - فأبو يوسف مر على أصله، وكذا زفر . وأبو حنيفة إما أن يفرق بين المصحف وسائر المسائل[٣] ، أو يكون عنه روايتان .

ولو أوصى بشىء فى الظرف ، فإن المعتبر فيه العادة : إن[٤] كان مما[٥] يباع مع الظرف : يدخل ، وإلا فلا[٦][٧] .

---

(١) فى حـ كذا : « منفصلا به » .

(٢) « وأبى يوسف » ليست فى ا و حـ .

(٣) راجع فى الصفحة السابقة مسألة ما إذا أوصى بسيف .

(٤) فى ب : « وإن » .

(٥) فى ا و ب و حـ : « كل ما » .

(٦) فى ب : « يدخل فيه » اهـ . فليس فيها : « وإلا فلا » .

(٧) زاد فى ب : « والله أعلم » .

كتاب

الوكالــــة

يحتاج إلى[١] :

بيان الوكالة[٢] لغة وشرعا ،

وإلى بيان أنواعها .

أما الوكالة[٣]

فى اللغة ـ < و > هى[٤] الحفظ : قال الله تعالى : « وقالوا حسبنا الله ونعم الوكيل »[٥] أى ونعم الحافظ .

وقد[٦] يراد بها[٧] التفويض ـ يقال : « توكلت على الله » أى فوضت[٨] أمرى إليه .

وفى الشرع كذلك : هى[٩] تفويض التصرف ، والحفظ ، إلى الوكيل .

---

(١) فى ا و حـ : « قال رحمه الله : يحتاج إلى » . وفى الأصل : « قال : يحتاج إلى » .

(٢) و (٣) في ب : « التوكيل » .

(٤) كذا فى ا و حـ . وفى الأصل و ب : « هو » . راجع الهامش السابق .

(٥) آل عمران : ١٧٣ ـ « الذين قال لهم الناس إن الناس قد جمعوا لكم فاخشوهم فزادهم إيمانا وقالوا حسبنا الله ونعم الوكيل » .

(٦) كذا فى ا و ب و حـ . وفي الأصل : « وذلك » ـ فهناك معنيان للوكالة : الحفظ ، والتفويض (الكاسانى ، ٦ : ١٩ : ٤ من أسفل) . وانظر مايلى فى المتن .

(٧) فى ا و ب و حـ : « به » .

(٨) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « وفوضت » .

(٩) « هى » ليست فى حـ . وفى ا و ب : « هو » . راجع فيما تقدم الهوامش ٢ و٣ و٤ و٧ .

ولهذا قال أصحابنا: «من قال: وكلت فلاناً في مالي[١]» – يصير وكيلا في الحفظ، لأنه أدنى.

. . .

ثم الوكالة نوعان: أحدهما[٢] في حقوق الله تعالى، والثاني في حقوق العباد

أما الوكالة في حقوق الله تعالى

فنوعان[٣]: في الإثبات، والاستيفاء.

الأول – التوكيل[٤] في إثبات الحدود

وهو[٥] الذي[٦] يحتاج فيه[٧] إلى الخصومة: من حد السرقة، وحد القذف – وفيه خلاف: قال أبو حنيفة ومحمد: يجوز، وقال أبو يوسف: لا يجوز. وكذا الخلاف في إثبات القصاص أيضاً[٨]. أما في غيرهما: فلا يحتاج[٩] فيه إلى الخصومة، فلا يصح فيه التوكيل في الإثبات، بل يثبت ذلك عند القاضي: بالشهود، والإقرار.

---

(١) في ح: «في مال».
(٢) «أحدهما» من ا و ح.
(٣) الفاء من ا و ح.
(٤) في ب: «التوكل».
(٥) «وهو» ليست في ب. وفي ا و ح: «وهي».
(٦) في ا و ب و ح: «التي».
(٧) في ا و ب: «فيها».
(٨) في ا و ح: «وكذا في إثبات القصاص» اه.
(٩) الفاء من ا و ح. وفي ا: «فأما في غيرها فلا». وفي ب: «فأما في غيرهما لا». وفي ح: «فأما في غيرها فلا».

وأما في الاستيفاء

< ف > إن كان المسروق منه حاضرا ، و[١] المقذوف : يجوز التوكيل بالاستيفاء ، لأن ذلك إلى الإمام ، وهو لا يقدر أن يباشر بنفسه على كل حال.

وإن كان غائبا : اختلف المشايخ – قيل : يجوز ، لأنه لا يصح العفو والصلح عنهما[٢] . وقيل : لا يجوز ، لأنه يحتمل الإقرار والتصديق .

وأما في القصاص : < ف > إن كان الولي حاضرا : يجوز ، وإن كان غائبا : لا يجوز ، لاحتمال العفو .

وأما[٣] الوكالة في حقوق العباد

فأنواع – منها :

الوكالة في الخصومة : في إثبات الدين ، والعين ، والحقوق

واختلفوا فيها[٤] : قال أبو حنيفة : لا يصح من غير رضا الخصم ، إلا من عذر السفر[٥] ، أو المرض ، أو كانت امرأة مخدرة .

وقال أبو بكر الرازي : جواب أصحابنا في الرجل والمرأة سواء ، وإنما هذا شيء[٦] استحسنه المتأخرون . وعلى قول أبي يوسف ومحمد : يصح

---

(١) في ا و ب و حـ : « أو » .

(٢) في ب : « فيهما » .

(٣) في ب : « ومنها » .

(٤) في الأصل و ا و ب و حـ : « فيه » .

(٥) في حـ كذا : « الصغر » .

(٦) « هذا شيء » ليست في ا . و « شيء » ليست في حـ . وفي ب : « هو شيء » .

من غير رضا الخصم فى الأحوال كلها[1] ، وهى مسألة معروفة .

• • •

وإذا صح التوكيل بالخصومة : < ف > إذا أقر الوكيل على موكله : < ف > عند أبى حنيفة ومحمد : يصح فى مجلس القضاء[2] ، ولا يصح فى غير مجلسه .

وقال أبو يوسف : يصح فيهما جميعا[3] .

وقال زفر والشافعى : لا يصح أصلا .

• • •

وأجمعوا أنه إذا استثنى الإقرار وتزكية الشهود فى عقد التوكيل : يصح ، و[4] يكون وكيلا بالإنكار لا غير .

وأما إذا وكل بالخصومة مطلقا ، ثم استثنى الإقرار[5] فى كلام منفصل[6] : <ف> عند محمد : لا يجوز[7] ، وعند أبى يوسف : يصح .

• • •

وأجمعوا أن إقرار الأب ، والوصى ، وأمين القاضى — على الصغير : لا يصح .

• • •

---

(١) « وعلى قول ... كلها » من ا ب و حـ .
(٢) فى ا ب و حـ : « القاضى » .
(٣) « جميعا » من ب .
(٤) « وتزكية الشهود ... يصح و » من ا ب و حـ . وراجع الكاشانى : ٦ : ٢٢ : ١٠ من أسفل .
(٥) هنا تكرار فى ب .
(٦) فى ا و حـ : « منفصلا » .
(٧) فى ا ب و حـ : « لا يصح » .

وأما التوكيل بالإقرار إن[1] ثبت عنده - ذكر الطحاوى أنه لا يجوز[2].
وذكر فى الوكالة أنه يجوز .

. . .

والوكيل بالخصومة ، فى مال - إذا قضى القاضى بالمال ، هل يملك القبض ؟ فعندنا : يملك ، وعند زفر : لا يملك .

أما الوكيل[3] بتقاضى الدين : < فـ > يملك القبض أيضا[4] فى ظاهر الرواية ، ولكن أصحابنا المتأخرون قالوا : لا يملك ، بحكم العرف ، كالوكلاء فى باب القضاء[5] .

وأما الوكيل بقبض الدين - < فـ > هل[6] يملك الخصومة فى إثبات الدين إذا أنكر الغريم؟ عند أبى حنيفة : يملك[7] ، وعندهما : لا يملك[8] .
وأجمعوا أن الوكيل بقبض العين، إذا أنكر الغريم[9]، لا يملك الخصومة.
وأجمعوا أن الوكيل بالملازمة لا يملك القبض .

---

(١) « إن » من ا و ب و حـ . وعبارة « إن ثبت عنده » لا يظهر لها محل هنا . وفي الكاسانى (٦ : ٢٢ : ٤ من أسفل) : « وأما التوكيل بالإقرار فذكر فى الأصل أنه يجوز ، وذكر الطحاوى أنه لا يجوز » .
(٢) في ا : « الطحاوى أنه يجوز » . راجع الهامش السابق .
(٣) كذا فى حـ . وفى الأصل و ا و ب : « التوكيل » .
(٤) « أيضا » ليست فى ب .
(٥) فى ا و حـ : « فى باب القصاص » .
(٦) فى ا و حـ كذا : « وأما الوكيل فى قبض هل ... »
(٧) فى ب : « عند أبى حنيفة يملك القبض فى هذين الفصلين » . وانظر الهامش التالى .
(٨) « فى إثبات الدين ... لا يملك » ليست في حـ . وفى ا . « لا يملك الخصومة » .
(٩) « الغريم » من ا و حـ .

وقالوا فى الوكيل بطلب الشفعة ، وبالرد بالعيب ، وبالقسمة: <إنه> يملك الخصومة .

. . .

ثم لكل واحد من الخصمين أن يعزل وكيله ، من غير محضر من خصمه[1] ، إلا إذا كان وكيلا بالتماس الخصم[2] ، فلا بد من حضرة الخصم حتى يصح عزله[3] ، ولكن لابد من علم الوكيل ، أو حضرته ، حتى يصح[4] عزله ، حتى لا يؤدى إلى الغرور فى حقه .

وكذا الجواب فى كل وكالة .

وإذا بلغ الوكيل الخبر بالعزل ، بالكتابة أو بالرسالة : ينعزل ، بلا خلاف . وأما إذا جاءه على وجه الخبر : لم ينعزل عند أبى حنيفة[5] ، حتى يخبره رجل عدل ، أو رجلان على أى صفة كانا[6] -فالشرط عنده أحد شطرى الشهادة : إما العدالة ، أو العدد . وعندهما : خبر الواحد مقبول ، ولا يشترط العدالة ، لأن هذا من باب المعاملة .

---

(١) في ب : « من خصمه الآخر » .

(٢) قال الزيلعى (التبيين : ٤ : ٢٨٦) : « اعلم أن للموكل عزل الوكيل عن الوكالة متى شاء ، لأنها حقه ، فيملك إبطالها ، إلا إذا تعلق بها حق الغير ، بأن وكله بالخصومة بالتماس من الطالب عند غيبة المطلوب ، فإن الموكل لا يملك عزله في هذه الحالة ، لأنه إنما خلى سبيله اعتمادا على أنه يتمكن من إثبات حقه متى شاء ، فلو جاز عزله لتضرر به الطالب عند اختفاء المطلوب لما فيه من إبطال حقه ، فصار كالوكالة المشروطة ببيع الرهن ، بخلاف ما إذا كان المطلوب حاضرا أو كانت الوكالة من غير التماس الطالب أو كانت من جهته » .

(٣) « عزله » ليست فى ح . راجع الهامش السابق .

(٤) « يصح » ليست فى ا و ح .

(٥) « عند أبى حنيفة » ليست فى ا و ح .

(٦) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « كان » .

ومنها — الوكالة بقبض الدين[1]

صحيح<ة> ، لحاجة صاحبه إلى قبض الوكيل ، لعجزه عن قبض ديونه بنفسه كلها — إلا أن[2] فى قبض رأس مال السلم، وثمن الصرف[3] : يصح التوكيل فى المجلس ، لا خارج المجلس[4] ، لأن الموكل يملك القبض فى المجلس لا غير[5] .

. . .

وإذا قبض الوكيل يبرأ[6] المديون ، وصار المقبوض ملكا لصاحب الدين ، ويكون أمانة فى يد الوكيل ، ويكون حكمه حكم المودع في أن[7] يقبل قوله إنه دفعه[8] إلى صاحب الدين ، وفى كل مايبرأ به[9] المودع من الوديعة[10] .

. . .

وليس للوكيل بالقبض أن يوكل غيره ، لأنه رضى برأيه وأمانته[11]

---

(١) « الدين » ساقطة من ا و حـ .

(٢) « أن » ساقطة من ا .

(٣) فى ا و حـ : « رأس مال السلم ثم الصرف » .

(٤) « لا خارج المجلس » ليست فى ا و حـ .

(٥) « لا غير » ليست في ا و حـ .

(٦) فى ب : « برأ » . وفى حـ : « يبرؤ » . وفى ا : « يبرىء » .

(٧) فى ب : « فى أنه » .

(٨) فى ب : « قوله إذا دفع » .

(٩) فى ا : « ما يبرىء به » . وفى ب : « ما برى به » . وفى حـ كذا : « ماينوى به » .

(١٠) راجع فيما تقدم ص ٢٧٥ وما بعدها .

(١١) « وأمانته » من ا و ب و حـ .

وحده . فإن فعل ذلك ، وقبض الوكيل الثانى : لم يبرأ الغريم من الدين ، لأن التوكيل لم يصح ، فهو كالأجنبي ، إلا إذا وصل[1] ماقبض إلى الوكيل الأول ، لأنه وصل إلى يد من هو نائب المالك . فإن هلك فى يد القابض ، قبل ذلك: ضمنه الذى قبضه ، و[2]لم يبرأ الدافع من الدين الذى عليه ، وكان[3] للطالب أن يأخذ الغريم بدينه . فإذا أخذه منه ، رجع الغريم على من دفعه إليه ، فيرجع[4] الوكيل الثانى على الأول إن هلك ما قبض ، فى يده - إلا إذا قال الموكل للوكيل بالقبض: « اصنع ما شئت »: فله أن يوكل غيره بالقبض .

. . .

وليس للوكيل بقبض الدين أن يأخذ عيناً مكانه ، لأن هذا[5] عقد معاوضة ، وقد وكله بقبض حقه لا غير ، لا بالاستبدال ولا بالاعتياض[6] .

. . .

ولو وكل رجلين بقبض دينه ، فليس لأحدهما أن يقبض دون صاحبه ، لأنه رضى برأيهما ، لا برأى أحدهما ، فإن قبض أحدهما لم يبرأ[7] الغريم ،

---

(١) فى ا : « أوصل » .

(٢) « ضمنه الذى قبضه و » من ا و ب و حـ .

(٣) هكذا فى ب . وفي الأصل : « وإن » . وفى ا و حـ : « فكان الطالب » .

(٤) في ا و ب و حـ : « ورجع » .

(٥) « لأن هذا » من ا و ب و حـ . وفى الأصل : « لأنه » .

(٦) في ب : « وقد وكل بقبض حقه لا غير لا الاستبدال به ولا اعتياض عنه » . وفى ا و حـ : « وقد وكله بقبض حقه لا بالاستبدال به ولا الاعتياض عنه » .

(٧) فى حـ كذا : « لم يبرىء » .

حتى يصل ما قبض[١] أحدهما إلى صاحبه ، فيقع ذلك فى أيديهما جميعا ، أو يصل إلى[٢] الموكل ، لأن المقصود بالقبض قد حصل ، فكأنهما قد[٣] قبضاه ابتداء .

. . .

ولو أن الوكيل بقبض الدين قبضه[٤] ، فوجده معيبا ، فما كان للموكل رده : فللوكيل رده وأخذ بدله[٥] ، لأنه قائم مقامه[٦] .

. . .

ولو كان لرجل على رجل دين فجاءه رجل وقال له[٧] : « إن الطالب أمرنى بقبضه منك[٨] » ، فدفعه[٩] إليه ، ثم جاء الطالب وأنكر أن يكون أمره بذلك ، فهذا على ثلاثة أوجه :

أحدها — إن صدق الوكيل بالوكالة ، ودفعه إليه ، فإنه يقال له : « ادفع الدين إلى الطالب ولا حق لك على الوكيل » ، لأنه أقر بالوكالة[١٠] ، وإقراره

---

(١) فى ا و ح : « ما قبضه » .
(٢) « إلى » ليست فى ا .
(٣) « قد » من ا و ب و ح .
(٤) فى ب : « إذا قبضه » .
(٥) فى ا : « معيبا فله أن يرده ويأخذ بدله » .
(٦) فى ب و ح : « لأنه كان قائما مقامه » .
(٧) « له » من ا و ح .
(٨) فى ا و ح : « بقبض دينه منك » . وفى ب : « بقبضه » فقط .
(٩) هكذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « ودفعه » .
(١٠) « لأنه أقر بالوكالة » ليست فى ا .

صحيح فى حق نفسه ، فكأنه يقول: « إن الطالب ظلمنى بالقبض[١] ، فلا أَظلم الوكيل القابض بحق » .

والثانى ـ إن صدقه وضمنه ما[٢] دفعه إليه ، ثم حضر الموكل ورجع عليه : رجع[٣] هو على القابض ـ لأنه، وإن اعترف أنه قبض بحق وأن الطالب ظالم[٤] فيما قبض ، ولكنه[٥] ضمنه ما يطلبه الطالب[٦] بغير حق ، فيصح الضمان ، كما لو قال : « ماغصبك فلان فهو علىّ » .

والثالث ـ إن كان المطلوب يقول[٧] : « كذب الوكيل فى الوكالة » ، أو لم يصدق ولم يكذب ، ودفعه إليه ، ثم حضر الطالب ، وأخذ منه : رجع على الوكيل ، لأنه لما كذبه أو لم يكذبه ولم يصدقه ، ثم طالبه، عاد إلى التكذيب ، وله ذلك ، فلم[٨] يقر بكونه قابضا بحق[٩] ، فله أَن يرجع[١٠] .

---

(١) « بالقبض » ليست فى ا و حـ .

(٢) « ما » من ا و ب و حـ . وفى الأصل : « وضمنه ودفعه » .

(٣) « رجع » ساقطة من حـ .

(٤) فى ا و حـ : « ظلمه » .

(٥) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « ولكن » .

(٦) هكذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « للطالب » .

(٧) « يقول » ليست فى ا و ب و حـ ففيها : « المطلوب كذب .. » .

(٨) فى ا و حـ : « كذب الوكيل فى الوكالة أو لم يصدق ولم يكذب أو كذبه ولم يصدقه ثم طالبه فعاد إلى التكذيب فله ذلك فإن لم » .

(٩) « بحق » ليست فى حـ . وفى ب : « لحق » .

(١٠) زاد فى ا و ب و حـ : « عليه » .

وأما التوكيل بالشراء - فنقول :

جملة هذا أن الوكالة على ضربين : وكالة عامة ، ووكالة خاصة .

أما الوكالة العامة :

فإنها تصح[١] مع الجهالة الكثيرة[٢] ، كما إذا قال : « اشتر لى[٣] ماشئت أو ما رأيت » ، لأنه فوض الرأى إليه ، فصار بمنزلة البضاعة والمضاربة[٤] .

وأما الوكالة الخاصة :

فالقياس أن لا تجوز مالم يذكر الجنس وقدر الثمن والصفة ، كما فى البيع[٥] . وفى الاستحسان أن الجهالة اليسيرة لا تمنع[٦] .

وإنما تقل الجهالة إذا كان اسم ما وكل بشرائه لا يتناول إلا نوعا واحدا[٧] . وذكر فيه أحد أمرين : إما الصفة أو مقدار الثمن . فإذا كان الاسم[٨] يتناول أنواعا مختلفة أو فى حكم الأنواع المختلفة[٩] - فإن الجهالة

---

(١) كذا فى ا . وفى الأصل و ب و حـ : « على ضربين : وكالة عامة فتصح (في حـ : يصح) » .
(٢) فى ب : « الكبيرة » .
(٣) « لى » ليست فى ا و حـ .
(٤) راجع « كتاب المضاربة » ص ٢٢ وما بعدها والهامش ٦ ص ٢٦ .
(٥) « الجنس » ليست فى ا و ب و حـ بل الذى فيها : « النوع » ففيها : « مالم يذكر النوع والصفة ومقدار الثمن كما في البيع » ولكن « الثمن » ساقطة من ا . وفى الكاسانى (٦ : ٢٣ : ١٩ و ٣٠) مثل ما فى ا و ب و حـ . وراجع حـ ٢ ص ٦٢ وما بعدها .
(٦) في ا و حـ : « وفى الاستحسان : يجوز لأن الجهالة اليسيرة » .
(٧) « واحدا » ليست فى حـ .
(٨) فى ب تكرار هنا .
(٩) « أو فى حكم الأنواع المختلفة » ليست في ب .

كثيرة ، فلا تجوز الوكالة ، وإن بين[١] مقدار الثمن ، أو الصفة، أو كلاهما ، مالم يبين مع ذلك نوعا منه .

أما بيان الأول :

— إذا قال الموكل[٢] للوكيل : «اشتر لى عبدا أو جارية » : إن بين الثمن أو الصفة[٣] ، بأن قال تركيا أو روميا أو هنديا ـ جاز[٤] ، لأنه تقل الجهالة بذكر أحدهما وبحال الموكل .

— ولو قال : « اشتر لى[٥] حمارا أو بغلا أو فرسا »، ولم يبين له صفة ولا ثمنا[٦]، قالوا : يجوز ،لأن النوع لم يختلف، والصفة تكون[٧] معلومة بحال الموكل .

— ولو قال :« اشتر شاة أو بقرة » ،ولم يبين له[٨] صفة ولا ثمنا ـ لم يجز ، لأنها لا تصير معلومة الصفة[٩] بحال الموكل، وقد ذكرنا أنه لا بد من أن تكون الصفة أو[١٠] الثمن معلوما .

---

(١) في ب :« وإن تبين » . وفي ا و حـ : « كثيرة لا يجوز الوكالة وإن بين » .
(٢) « الموكل » من ب وليس فيها :« للوكيل » .
(٣) في ا و حـ : « إن بين الصفة أو مقدار الثمن » . وفي ب : « فله أن يبين الثمن أو الصفة » .
(٤) « جاز » ساقطة من ا و حـ .
(٥) « لى » ليست فى حـ . و « اشتر لى » ساقطة من ا .
(٦) فى ا و حـ كذا : « وبين له صفة ـ لا ثمنا » .
(٧) في ا و ب و حـ : « تصير » .وفي ب كذا :« والصفة تصيرمعلومة الصفةبحال الموكل».
(٨) « له » من ا و حـ .
(٩) في ب : « لأنه لا يصير معلوم الصفة » .
(١٠) في حـ : « و » .

وأما بيان الثانى :

ـــ إذا قال :« اشتر لى[١] حيوانا ، أو[٢] مملوكا ،أودابة، أوثوبا »: لا يجوز ، وإن بين الثمن ، لأن الاسم يقع على أنواع مختلفة .

ـــ وكذا إذا قال : « اشتر لى[٣] جوهرا » ، لما قلناه .

ـــ وكذا إذا قال : « اشتر لى[٤] حنطة » : لا تجوز الوكالة، ما لم يبين الثمن[٥] أو عدد القفزان .

. . .

ولو وكله بشراء عبد أو جارية ، وسمي الثمن أو الصفة ، فاشترى أعمى أو مقطوع اليدين أو الرجلين ـ فإنه يجوز ذلك عند أبى حنيفة إذا اشترى ما يسمى عبدا أو جارية . وعندهما : يجوز الأعور[٦] أومقطوع أحد الطرفين ، فأما فائت جنس المنفعة : <ف>لا يجوز[٧] .

ولو وكله بأن يشترى له طعاما ولم يبين له ـ فإن كان الثمن قليلا : يصرف[٨] إلى الخبز ، وإن كثيرا : انصرف إلى الحنطة والدقيق .

---

(١) « لى » ليست في ا و حـ .

(٢) « أو » ليست فى ب .

(٣) و (٤) « لى » ليست فى ا و حـ . وانظر الهامش التالى .

(٥) « لى حنطة ... الثمن » ساقطة من حـ .

(٦) هكذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « العور » .

(٧) هكذا العبارة فى ا . أما فى الأصل و ب و حـ : « فأما لايجوزفايت جنس (فى حـ : الجلس) المنفعة » .

(٨) في ب و حـ : « انصرف » .

ولو قال: «اشتر لى[1] بدرهم لحما» - انصرف إلى مايباع فى السوق، فى الأغلب، دون لحم الوحش والطير والسمك والشواء و[2] المطبوخ. وفى الرأس ينصرف إلى المشوى دون النيء، ويقع على رأس الغنم دون البقر - وهو أمر مبنى على العادة[3].

ولو قال: «اشتر لى[4] جارية بعينها بمائة دينار»، فاشتراها بدراهم، تكون قدر قيمة[5] مائة دينار، أو أقل - جاز على الآمر، فى قياس قول[6] أبى حنيفة وأبى يوسف. وقال زفر: لا[7] يلزم الآمر - وهذا رواية الحسن بن زياد. وقال الكرخى: المشهور من قول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد[8] أنه لا يجوز أن[9] يشتريها بالدراهم، كما قال زفر، لأنهما جنسان مختلفان.

. . .

ثم الوكيل بالشراء **إذا خالف** يصير[10] مشتريا لنفسه. فأما

---

(١) «لى» ليست في ا و حـ.

(٢) «و» ليست في ا و حـ ففيهما كذا: «والشوا المطبوخ».

(٣) في ا و حـ: «وهذا أمر يبتنى على العادة».

(٤) «لى» ليست في ا و حـ.

(٥) فى ب: «يكون قيمتها».

(٦) «قول» من ا و ب و حـ.

(٧) «لا» ساقطة من ب. وفى ا و حـ: «وعند زفر: لايلزم».

(٨) هكذا فى ا و ب و حـ. وفى الأصل: «من قولهم».

(٩) فى ب: «إلا أن يشتريها».

(١٠) فى ب: «يكون».

الوكيل[١] بالبيع: إذا خالف، يكون موقوفا على إجازة صاحبه - والفرق ظاهر[٢].

وأما التوكيل[٣] بالبيع - فنقول:

عند أبي حنيفة: الوكيل بالبيع مطلقا له أن يبيع بما عز وهان[٤]، بأى[٥] ثمن كان، وإن كان غبنا فاحشا، وسواء كان الثمن عينا أو دينا.

وعندهما: لا يجوز إلا أن يبيع، بالأثمان، بمثل قيمته.

وأما إذا باع الوكيل بعض ما وكل ببيعه، فهو على وجهين:

إن كان ذلك مما لا ضرر فى تبعيضه: جاز، بالاتفاق، مثل المكيل والموزون، أو يبيع[٦] شيئين.

وإن كان فى تبعيضه ضرر، بأن كان التوكيل ببيع عبد، فباع نصفه - جاز عند أبى حنيفة، وعندهما: لا يجوز، إلا أن يجيزه الموكل.

. . .

---

(١) فى ب: «بخلاف الوكيل».

(٢) وهو «أن الوكيل بالشراء متهم، لأنه يملك الشراء لنفسه، فأمكن تنفيذه عليه، حتى إنه لو كان صبيا محجورا أو عبدا محجورا لا ينفذ عليه بل يتوقف على إجازة الموكل لأنهما لا يملكان الشراء لأنفسهما، فلا يمكن التنفيذ عليهما، فتوقف» الكاسانى، ٦: ٢٩: ١٠ من أسفل. وراجع المرغينانى، الهداية (الطبعة الخاصة بالمتن) ٣: ١٠٣ - ١٠٤ و ١٠٧.

(٣) فى ا و حـ: «الوكيل».

(٤) «بما عز وهان» من ا و ب. وفى حـ: «ما عز وهان».

(٥) في ا و ب و حـ: «وبأى».

(٦) في ب: «أو بيع». وفي حـ كذا: «أو ببيع».

ثم الوكالة نوعان :

منها - ما لا حقوق له إلا ما أمر به ، كالوكالة بتقاضي الدين ، والوكالة بالملازمة ، ونحوهما .

ومنها - ما يكون حقوقه للوكيل ، وعليه .

ومنها - ما يكون حقوقه للموكل ، وعليه .

فكل ما لا يحتاج فيه إلى إضافة العقد إلى الموكل ، ويكتفى فيه بالإضافة إلى نفسه - كالبياعات ، والأشربة ، والإجارات ، والصلح عن إقرار ، ونحوها : فإن الحقوق[١] ترجع إلى الوكيل ، حتى يجب عليه تسليم المبيع ، وقبض الثمن ، ويخاصم المشتري الوكيل في العيب ، ويجب[٢] عليه الضمان عند الاستحقاق ، إلا إذا كان العاقد ليس من أهل لزوم العهدة[٣] ، كالصبي المحجور والعبد المحجور ، والقاضي ، وأمين القاضي ، ونحو ذلك .

وللوكيل أن يوكل غيره في الحقوق . وليس للموكل أن يباشر ذلك بنفسه ، ما دام الوكيل قائما ، فإن مات الوكيل أو جن جنونا مطبقا[٤] ،

---

(١) في ا و حـ : « حقوقها » .

(٢) في ا و حـ : « ويجري » .

(٣) في ب : « إلا إذا كان العاقد الوكيل ليس من أهل لزوم العقد » .

(٤) « مطبقا » ليست في ب . ومُطبِق « بسكون الطاء وكسر الباء أي دائم ومنه تسمية الأطباء الحمى الدموية اللازمة بالمطبقة اهـ . اتقاني - قال النووي رحمه الله في تحرير التنبيه : المجنون المطبَق بفتح الباء أي الذي أطبق جنونه ودام متصلا ومنه قول العرب : الحمى المطبَقة بفتح الباء وهي الدائمة ا هـ » الشلبي على الزيلعي ، ٤ : ٢٨٧ .

وهو <شهر عند أبى يوسف ، وحول[١] عند محمد>[٢] : يخرج الوكيل من الوكالة . وترجع العهدة إلى الموكل[٣] .

. . .

وأما مايحتاج فيه إلى الإضافة إلى الموكل — كالنكاح ، والخلع ، والطلاق على مال ، والصلح عن[٤] دم العمد ، والعتق على مال ، والكتابة ، والصلح عن[٥] إنكار ، ونحوها : فالحقوق ترجع إلى الموكل .

. . .

ثم الوكيل بالبيع — إذا رد عليه المبيع بالعيب ، يملك أن يبيعه مرة أخرى . وكذلك فى كل ما يكون هو الخصم فيه .

ولو أن الوكيل بالبيع إذا أبرأ المشترى من الثمن ، أو أجله ، أو أخذ بالثمن عوضا غيره[٦] ، أو صالحه من الثمن على شيء ، فذلك كله جائز على الوكيل عند أبى حنيفة ، ويضمن للموكل ، وعلى قولهما : لايجوز شيء من ذلك[٧] .

. . .

(١) « حول » من ا و ب و حـ .

(٢) فى الأصل و ا و ب و حـ : « شهر عند محمد وحول عند أبى يوسف » ولكنا وجدنا أن الصحيح ما أثبتناه فى المتن (الكاسانى ، ٦ : ٣٨ : ٢١ . والزيلعى ، ٤ : ٢٨٧ — ٢٨٨ . والمرغينانى ، الهداية ، ٦ : ١٢٧ — ١٢٨) . وفى الهداية أنه عن أبى يوسف : أكثر من يوم وليلة . وقال قاضى زاده فى نتائج الأفكار (٦ : ١٢٨) « قال الناطفى فى الأجناس : « قال ابن سماعة فى نوادره : قال محمد فى قوله الأول : حتى يجن يوما وليلة فيخرج الوكيل من الوكالة ، ثم رجع وقال : حتى يجن شهرا ، ثم رجع وقال : حتى يجن سنة » .

(٣) « وترجع العهدة إلى الموكل » من ا و ب و حـ .

(٤) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « من » .

(٥) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « على » .

(٦) في ب : « عوضا أو غيره » .

(٧) فى ا : « عند أبي حنيفة ومحمد ويضمن للموكل . وعلي قول أبى يوسف : لايجوز شيء من =

وإن ارتد الوكيل ، توقفت الوكالة ـ فإن أسلم: جاز<ت>، وإن قتل على ردته ، أو لحق بدار الحرب مرتدا[١] وحكم بلحاقه[٢]: تبطل، وعندهما : جائزة[٣] ـ وأصل المسألة أن تصرفات المرتد موقوفة عنده ، وعندهما :نافذة. وتصرفات المرتدة[٤] نافذة بلا خلاف . فإن رجع مسلما: عاد إلى وكالته عند محمد ، وعند أبي يوسف :لا يعود[٥] .

=ذلك » . وفي ح :« أو صالحه من الثمن على شيء فذلك قول أبي يوسف لا يجوز شيء من ذلك». والظاهر أن عبارة ح تشابه عبارة ا إلا أنه سقط من ح قوله في ا :« كله جائز على الوكيل عند أبي حنيفة ومحمد ويضمن الموكل وعلى قول » . وفي الكاساني مثل ما في المتن (٦ : ٢٨) .

(١) « مرتدا » من ب .

(٢) هكذا في ب . وفي الأصل و ا و ح : « بلحوقه » . وقال الكاساني (٦ : ٣٨ – ٣٩) : « بلحاقه » تارة و « بلحوقه » تارة . وقال النسفي في الكنز : « ولحوقه » . وقال الزيلعي (التبيين ، ٤ ، ٢٨٨) وقاضي زاده (نتائج الأفكار ، ٦ : ١٢٦) :« لحاقه » . وفي المصباح : « اللحوق اللزوم والالحاق الإدراك » .

(٣) « التاء » من ا و ح .

(٤) في ب :« المرتد » .

(٥) زاد في ب : « والله تعالى أعلم » .

كتاب
الكفالة

قال[1] :

يحتاج إلى :

بيان الكفالة لغة وشرعا ،

وإلى بيان ألفاظ الكفالة ،

وإلى بيان شرائط صحتها ،

وإلى بيان أنواع المكفول به ،

وإلى بيان أحكامها .

أما الأول

فالكفالة لغة هى الضم ـ قال الله تعالى : « وكفّلها زكريا[2] » ، أى ضمها إلى نفسه .

وفى الشرع ـ ضم ذمة ، إلى ذمة ، فى حق المطالبة ، أو فى حق أصل الدين : على حسب ما اختلف المشايخ فيه .

---

(١) فى ب : « قال الشيخ الإمام رحمه الله » . وفى حـ : « قال رحمه الله » وفى ا : « قال رحمه الله : يحتاج » .

(٢) آل عمران : ٣٧ ـ « فتقبلها ربها بقبول حسن وأنبتها نباتاً حسناً وكفلها زكريا كلما دخل عليها زكريا المحراب وجد عندها رزقا قال يا مريم أنى لك هذا قالت هو من عند الله إن الله يرزق من يشاء بغير حساب » .

وأما ألفاظ الكفالة

<ف> أن يقول الكفيل للطالب : « دعه فأنا ضامن ما عليه » أو « كفيل بذلك » أو « قَبيل » أو « زعيم » أو « هو إليّ » أو « عليّ » أو « هو[1] لك عندى » أو « هو لك قِبَلى » .

وقد ذكرنا فى كتاب الإقرار: « إذا قال لفلان عندى كذا، يكون إقراراً بالوديعة »[2]، وههنا : يكون ضماناً - لأن قوله « عندى[3] » يحتمل « هو فى يدى » ويحتمل « هو فى ذمتى » ، فيقع على الأدنى[4] ، وهو الوديعة ، فأما الدين فلا يكون إلا فى الذمة ولا يكون فى اليد[5] ، فحمل على الوجوب ههنا .

وأما شرائطها

فمن ذلك - أن يكون الكفيل من أهل التبرع ، لأن الكفالة تبرع بالتزام المال[6] . فلا يصح من الصبي ، والعبد المحجور عليه[7] . وكذا

(١) في ا و ح : « ما هو » .

(٢) راجع فيما تقدم ص ٣١٧ وما بعدها .

(٣) « عندى » ساقطة من ح .

(٤) في ح : « الأولى » .

(٥) « ولا يكون فى اليد » من ا و ب و ح .

(٦) « المال » من ا و ب و ح .

(٧) فى ا و ح : « الصبى والعبد المحجور عليهما » . وفى ب : « الصبي والعبد والمحجور عليهما » ، وقال الكاسانى (٦ : ٥ - ٦) : « أما الذى يرجع إلى الكفيل فأنواع منها العقل ومنها البلوغ وإنهما من شرائط الانعقاد لهذا التصرف فلا تنعقد كفالة الصبى والمجنون ... ومنها الحرية وهى شرط نفاذ هذا التصرف - فلا تجوز كفالة العبد محجورا كان أو مأذونا له فى التجارة » . وقال ابن =

لا تصح كفالة المكاتب . وكذا كفالة المريض : لا تصح إلا من الثلث كتبرعه .

ومن شرطها أيضاً ـ أن يكون الدين صحيحا ، سواء كان[١] على الصغير أو العبد المحجور ، لأنه يطالب بعد العتق .

وأما الكفالة ببدل الكتابة ـ فإنه[٢] لا تجوز ، لأنه ليس بدين صحيح ، لأنه[٣] لا يجب المولى على عبده شيء ، وإنما وجب مخالفا للقياس ، لصحة الكتابة[٤] ، نظراً للعبد ، حتى يصل إلى العتق[٥] .

وأما المكفول به

فنوعان[٦] : الديون ، والأعيان .

أما الكفالة بالديون :

<ف> صحيحة بلا خلاف ، وصاحب الدين بالخيار : إن شاء طالب

=الهمام (الفتح ، ٥ : ٣٨٩) : « وشرطها فى الكفيل كونه من أهل التبرع فلا كفالة من صبي ولا عبد محجور ولا مكاتب .. » . وقال الزيلعى (التبيين ، ٤ : ١٤٦) : « وأهلها أن يكون الكفيل من أهل التبرع حتى لا يصح ممن لا يملك التبرع كالعبد المأذون له فى التجارة والمكاتب والصغير ... » .

(١) « كان » من ا و ب و حـ . وفى الأصل علامة تشير إلى نقصها ولكن ليس في الهامش الكلمة الناقصة .

(٢) « فإنه » من ا و حـ .

(٣) « لأنه » ليست فى حـ .

(٤) فى ا و حـ : « الكفالة » .

(٥) راجع ص ٤١٨ وما بعدها من الجزء الثانى .

(٦) فى ا و حـ : « وأما أنواع المكفول به فنقول : المكفول به نوعان » . وفى ب : « وأما نوع المكفول به : نوعان » .

الأصيل ، وإن شاء طالب الكفيل . ولا يوجب براءة الأصيل عندنا .

وعند ابن أبي ليلى: يوجب البراءة - وهذا فاسد ، لأنه يصير الكفالة والحوالة سواء .

وأيهما اختار مطالبته[١] **لايبرأ الآخر** - بخلاف غاصب الغاصب مع الغاصب : فإن[٢] للمالك أن يضمن أيهما شاء ، وإذا اختار تضمين[٣] أحدهما ، لم يكن له اختيار الآخر . وكذا في إعتاق أحد الشريكين : الشريك الساكت بالخيار بين أن يضمن المعتق إن كان موسرا ، وبين أن يستسعى العبد[٤] ، فإذا اختار أحدهما : ليس له أن يختار الآخر[٥] .

وجملة هذا أن الكفيل ليس له أن يطالب المكفول عنه[٦] بالمال قبل أن يؤدى عنه شيئا[٧] - إلا أنه إذا طولب: طالب[٨] المكفول عنه بالخلاص[٩] . فإن حبس : كان له أن يحبس المكفول عنه . أما إذا أدى < ف > ينظر : إن كان كفل[١٠] ، بغير أمره : فلا يرجع عندنا ، خلافا لمالك . لأنه

---

(١) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل :« طالبه » .

(٢) « فإن » من ا و حـ .

(٣) « تضمين » من ا . وفي حـ :« وإن اختار يضمن » .

(٤) « العبد » من ا و حـ .

(٥) « وكذا في إعتاق ... يختار الآخر » ليست في ب .

(٦) « المكفول عنه » من ا و ب و حـ .

(٧) « عنه شيئا » من ا و حـ .

(٨) في ا و حـ : « طولب بالمال طالب هو » .

(٩) « بالخلاص » ليست في ب .

(١٠) « كفل » من ا و حـ .

تبرع بقضاء دين غيره ، وإن كفل عنه[١] بأمره، وهو ممن يجوز إقراره على نفسه بالدين ويملك التبرع[٢] : يرجع عليه - لأن الكفالة فى حق المكفول عنه استقراض ، وهو[٣] طلب القرض ، والكفيل[٤] بالأداء مقرض المكفول عنه ونائب عنه فى الأداء إلى المكفول له ، وفى حق المكفول له تمليك[٥] ما فى ذمة المكفول عنه من الكفيل بما[٦] أخذه من المال ، فيرجع عليه بما أقرضه[٧] - حتى إن الصبي المحجور إذا أمر رجلا بأن يكفل عنه ، فكفل ، وأدى : لا يرجع عليه ، لأن استقراض الصبي لا يتعلق به الضمان ، وأما العبد المحجور : < فـ > لا يرجع عليه إلا بعد العتق ، لما قلنا .

ولو وهب صاحب الدين المال لأحدهما - جاز[٨] ، وذلك بمنزلة أداء المال .

وكذا لو مات الطالب ، فورثه أحدهما ، لأن بالهبة والميراث يملك ما فى ذمته[٩] : فإن كان الموهوب له أو الوارث هو[١٠] الكفيل ، فقد[١١]

---

(١) « عنه » ليست فى ا و حـ .
(٢) « وهو ممن ... التبرع » من ا و ب و حـ .
(٣) « فى حق المكفول عنه ... وهو » من ب .
(٤) فى ب : « فالكفيل » .
(٥) فى ا و حـ : « يملك » .
(٦) الباء من ا و ب و حـ . وفيها : « بما أخذ منه من المال » .
(٧) « بما أقرضه » ليست فى ب .
(٨) فى ا و ب : « صح » ، وفى حـ : « يصح » .
(٩) فى ا و ب و حـ : « يملك ما فى ذمة ذلك » .
(١٠) « هو » من ب .
(١١) فى حـ : « وقد » .

مالك مافى ذمته ، فيرجع على الأصيل[١] ، كما لو مالك ذلك[٢] بالأداء .

وإن كان الموهوب له <أ> و الوارث هو[٣] المكفول عنه ، برىء الكفيل ، كأنه أدى .

ولو أبرأ الطالب الأصيل ، فقد برئا جميعا . وإن أبرأ الكفيل ، برىء[٤] ، دون الأصيل ، سواء كان ذلك[٥] بأمر المكفول عنه أو لا .

ولو قال لأحدهما : « برئت إلىّ من المال » ـ فهو إقرار بالقبض ، بالاتفاق ، لأن هذا اللفظ يستعمل فى الأداء[٦] .

ولو قال لأحدهما : « برئت من المال » ـ فهو إقرار بالقبض[٧] عند أبى يوسف ، كأنه قال : « برئت إلىّ من المال »[٨] . وعند محمد بمنزلة قوله[٩] : « أبرأتك من المال » .

---

(١) فى ا و ب و حـ : « على صاحب الأصل » .

(٢) « ذلك » ليست فى ا و حـ .

(٣) « هو » من ب . وفى ا و حـ كذا : « ولئن كان الموهوب له استوفى من الوارث وهو المكفول عنه » .

(٤) فى ا : « ولئن أبرىء الكفيل يبرأ » .

(٥) « ذلك » من ا و ب و حـ .

(٦) « ولو قال .. فى الأداء » من ا و حـ . وصدر هذه العبارة فى ب . انظر الهامش بعد التالى .

(٧) « بالقبض » ليست فى ا و حـ .

(٨) « فهو إقرار بالقبض بالاتفاق ... عند أبى يوسف كأنه قال : برئت إلى من المال » ساقطة من ب . وفى ا : « فأما إذا قال لأحدهما : قد برئت من المال ـ فهو إقرار عند أبى يوسف كأنه قال : برئت إلى من المال » . وفى حـ : « فأما إذا قال لأحدهما : فقد برئت من المال ـ فهو إقرار عند أبى يوسف كأنه برئت إلى من المال » . وانظر الهامش التالى . وراجع الكاسانى ٦ : ١١ : السطر الثانى من أسفل ـ ١٢ .

(٩) « بمنزلة قوله » ليست فى حـ . وفى ا : « وعند محمد كأنه قال : أبرأتك من المال » . راجع الهامش السابق .

ثم الكفيل يرجع بما ضمن ، لا بما أدى ، لأنه ملك ما فى ذمة الأصيل ، حتى إنه إذا كان عليه دراهم صحاح جيدة ، فأدى زيوفا ، وتجوز به صاحب الدين ، فإنه يرجع بالجياد[1] .

وكذا لو أدى عنها من المكيل والموزون أو العروض : فإنه يرجع بالدراهم — بخلاف الوكيل بقضاء الدين : فإنه يرجع بما أدى ، لا بما على الغريم ، و[2] بخلاف الصلح إذا صالح من الألف على خمسمائة : فإنه يرجع بخمسمائة لا بالألف ، لأنه إسقاط البعض .

. . .

ولو كفل لرجل بمال ، إلى القطاف أو إلى الحصاد أو إلى[3] الدياس أو إلى[4] النيروز أو إلى المهرجان[5] ، ونحوها من الآجال المجهولة : يصح ، عندنا ، خلافا للشافعى — بخلاف البيع إلى هذه الآجال : < ف > لا يجوز ، بالإجماع[6] .

ولو كان عليه ثمن بيع[7] ، أو دين حال ، فأجله إلى هذه الآجال : يصح أيضا — بمنزلة الكفالة .

ولا خلاف فى جواز الكفالة إلى أجل معلوم من الشهر والسنة ونحوها.

---

(١) فى ا و ح : « يرجع عليه بالجياد » .

(٢) « بالدراهم بخلاف الوكيل ... على الغريم و » ليست فى ا و ح .

(٣) و (٤) « إلى » من ب .

(٥) فى الأصل و ب : « المهرجان جاز » .

(٦) راجع ص ٦٤ من الجزء الثانى .

(٧) « بيع » ليست فى ا و ب و ح .

أما إذا كفل إلى أجل مجهول لا يشبه آجال الناس ، مثل مجىء المطر وهبوب الريح - فالأجل باطل ، والكفالة جائزة ، لأن الكفالة وردت منجزة ، لكن الأجل باطل[١] ، فلم يصح التأجيل ، فتبقى الكفالة حالة[٢] .

أما إذا علق الكفالة بشرط : < و > إن كان ذلك سببا لوجوب الحق ،أو وسيلة إلى الأداء فى الجملة[٣] ،مثل أن يقول : « إذاقدم زيد أو استحق المبيع » - فالكفالة جائزة، لأنه[٤] سبب للوصول إلى الأداء ، لأن زيداً ربما يكون مضاربا[٥] .

فأما إذاقال: « إذا جاء المطر، أو هبت الريح،أو دخل زيد دارنا[٦] ، فأنا كفيل عندك[٧] بكذا » - فإنه لا يجوز ، لأن الأموال لايجوز أن يتعلق وجوبها بالشروط .

ولو كان على رجل دين مؤجل[٨] ، فكفل به رجل[٩] ، **مطلقا** -

---

(١) فى ب : « لأن الكفالة وجدت منجزة لكن الأجل باطل فلا يصح التأجيل ... » . وفى ا و حـ لاتوجد عبارة : « والكفالة جائزة لأن الكفالة ... باطل » .

(٢) « فتبقى الكفالة حالة » من ب . وفى ا : « وتبقى الكفالة حالة » . وفى الأصل : « وبقى الكفالة » . وفى حـ كذا : « ويبقى الكفالة على حاله » .

(٣) « أو وسيلة ... فى الجملة » من ب .

(٤) فى ا : « إذا قدم فلان استحق المبيع جازت الكفالة لأنه » .

(٥) « لأن زيدا ... مضاربا » من ب .

(٦) فى ا و ب و حـ : « الدار » . وفى ا : « أو دخل فلان الدار » .

(٧) فى ا و ب و حـ : « عنك » .

(٨) في ب : « دينا مؤجلا » .

(٩) « رجل » ليست في ا و حـ .

فإنه يكون مؤجلا ، لأنه التزم مثل ما على الأصيل ، فإن سمى الكفيل[١] أجلا زائدا عليه ، أو ناقصا ، أو مثله ـ يلزمه كذلك[٢] ، لأنه متبرع ، فيلزمه على حسب ما تبرع به[٣] .

ولو كان المال حالا ، فكفل إنسان مؤجلا ، بأمر المكفول له : فإنه[٤] يجوز ، فيكون[٥] تأجيلا فى حقهما ، فى ظاهر الرواية. وفى رواية ابن سماعة عن محمد أنه حال على الأصيل ، مؤجل فى حق الكفيل[٦] .

. . .

ولو كفل عن رجل لرجل والمكفول له غائب، فبلغه الخبر ، فأجاز[٧] : لا يصح ، ولا تتوقف الكفالة على قبوله ـ وهذا عند أبى حنيفة ومحمد : وقال أبو يوسف: يجوز ـ وهذا بناء على أن شطر العقد يتوقف فى النكاح عند أبى يوسف، خلافا لهما : فهذا كذلك[٨] ـ إلا أنهما استحسنا فى المريض إذا قال عند موته لورثته : « اضمنوا ما على من الدين لغرمائى » ، وهم غيب[٩] ، ففعلوا ـ فهو جائز ، ويلزمهم ، نظراً للغرماء .

. . .

---

(١) « الكفيل » ليست فى ا و حـ .

(٢) « كذلك » ليست فى ا و ب و حـ .

(٣) « به » ليست في ا .

(٤) فى ب : « فكفل إنسانا مؤجلا بأمر المكفول فإنه » .

(٥) فى ا و ب و حـ : « ويكون » .

(٦) فى حـ : « فى حق الأصيل » .

(٧) زاد هنا فى ب : « له » .

(٨) « فهذا كذلك » من ا و ب و حـ .

(٩) : « وهم غيب » من ب .

ولو كفل رجلان[١] **رجلا** ، بألف درهم[٢] ، بأمره ، ولم يكفل كل واحد[٣] عن صاحبه ـ فإن على كل واحد منهما[٤] خمسمائة ، لاستوائهما في الكفالة . ولو أدى أحدهما : لا يرجع على صاحبه ، لأنه يؤدي عن نفسه ، لا عن صاحبه ، لكن يرجع على الأصيل بما أدى .

ولو لقي المكفول له الكفيلين بعد ذلك ، فكفل أحدهما عن صاحبه ـ صح ، لأن **الكفالة عن الكفيل** صحيحة ، ثم ما أدى فالقول قوله : أنه أدى من < كفالة > الكفيل الآخر[٥] أو من كفالة[٦] نفسه[٧] لأنه لزمه المال من وجهين . ولو لقي المكفول له الكفيل الآخر ، الذي لم يكفل ، فطلب منه أن يكفل عن صاحبه ، وكفل[٨] ـ صح ، والجواب فيه وفيما[٩] إذا كان في الابتداء كفل كل واحد من الكفيلين[١٠] عن صاحبه ـ سواء ، وهو أن كل ما يؤدي[١١] كل واحد منهما إلى المكفول له ، فذلك عن نفسه إلى خمسمائة . ولو قال :

---

(١) « رجلان » من ا و ب و حـ . وفيها : « رجلان عن رجل » .

(٢) « بألف رهم » ليست في ب .

(٣) زاد هنا في ا و حـ : « منهما » .

(٤) زاد هنا في ا و حـ : « عن صاحبه » .

(٥) « الآخر » ليست في ا و ب و حـ .

(٦) « كفالة » من ا و ب و حـ .

(٧) « نفسه » ساقطة من ا و حـ .

(٨) في ا و ب و حـ : « فكفل » .

(٩) في ب : « والجواب فيه كالجواب فيما » . وفي ا و حـ : « والجواب فيه والجواب فيما » .

(١٠) في ب تكرار هنا .

(١١) في حـ : « وهذا ما يؤدي » . وفي ا : « وهو أن ما يؤدي » . وفي ب : « وهو ما يؤدي » .

« أؤدى عن شريكى ،لا عن نفسى » - لا يقبل ، ويكون[١] عن نفسه. فأما إذا زاد على خمسمائة ، فيرجع بالزيادة على شريكه[٢] إن شاء ، وإن شاء على المكفول عنه .

وعلى هذا - إذا اشترى رجلان من رجل عبدا بألف درهم ، على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه ، ثمن حصته[٣] . وكذا الجواب فى المفاوضين[٤] بعد فسخ الشركة إذا كان عليهما دين : لصاحبه أن يطالب به كل واحد منهما ، وإذا أدى أحدهما النصف لا يرجع[٥] ، فإذا أدى زيادة[٦] على النصف ،له أن يرجع على صاحبه ، لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه[٧] .

. . .

وأما الكفالة بالأعيان :

فهى أنواع ثلاثة :

أحدها - كفالة[٨] بعين هى أمانة غير واجبة[٩] التسليم ، كالوديعة ،

---

(١) في حـ : « ولا يكون » . انظر الهامش التالى

(٢) « لا عن نفسى ... على شريكه » ليست فى ب .

(٣) فى ب : « منهما كفيلا عن حصة ثمن صاحبه » . وفى ا و حـ : « منهما عن حصته ثمن صاحبه » .

(٤) في ا و ب و حـ : « فى المتفاوضين » .

(٥) فى ا و حـ : « لا يرجع على صاحبه » .

(٦) فى ا و حـ : « وإذا أدى الزيادة » .

(٧) « لأن كل ... صاحبه » من ب .

(٨) فى ا و ب و حـ : « الكفالة » .

(٩) فى الأصل وغيره : « بعين هو أمانة غير واجب » وكذا فيما بعد ذكر العين فأثبتناها. انظر الهامش بعد التالى .

وكمال[١] المضاربة، والشركة : وهى لا تصح أصلا .

والثانى - الكفالة بعين هى أمانة ، ولكنها واجبة التسليم[٢] ، كالعارية ، والمستأجر فى يد المستأجر ؛ وكذا العين المضمونة بغيرها ، كالمبيع قبل القبض: مضمون بالثمن ، وكالرهن: مضمون بالدين - والجواب فى الكل واحد ، وهو أنه تصح الكفالة بتسليم العين ، فمتى هلكت العين ، لا يجب على الكفيل قيمة العين .

والثالث - العين المضمونة بقيمتها[٣] - كالمغصوب، والمبيع بيعا فاسدا، والمقبوض على سوم الشراء : تصح الكفالة بها ، ويجب عليه تسليم العين ما دامت باقية، وإذا هلكت : يجب عليه تسليم قيمتها[٤]، متى ثبت الغصب بالبينة أو الإقرار[٥] .

. . .

ثم الكفالة بالنفس بعد الدعوى من قبيل القسم الثانى : فإنه مضمون بالتسليم ، وإنه يجب[٦] عليه تسليم النفس ، والحضور[٧] إلى باب القاضى ،

---

(١) فى ا و ب : « ومال » - انظر الهامش التالى .

(٢) « كالوديعة وكمال المضاربة ... واجبة التسليم » ليست فى حـ . وفى الأصل و ا و ب : « بعين هو أمانة لكن واجب التسليم » راجع الهامش قبل السابق .

(٣) فى الأصل : « العين المضمون بقيمته » . وفى ب : « العين المضمون بنفسه » . وفى ا و حـ : « العين المضمون بالقيمة » .

(٤) فى الأصل : « ما دام باقيا وإذا هلك يجب عليه تسليم قيمته » . وفى ا و حـ : « ما دام العين قائما ... (كما فى الأصل) » . وفى ب : « ما دام قائما ... (كما فى الأصل)» .

(٥) فى ب : « أو بالإقرار » . وفى حـ : « بالبينة وبالإقرار » .

(٦) فى ب : « فإنه يجب » . وفى حـ : « فيجب » .

(٧) فى ب : « والإحضار » .

حتى يقيم الخصم البينة. فتصح[1] الكفالة به عندنا، خلافا للشافعي. ولكن لو هلك الكفيل، لا شيء عليه[2] من المال المدعى به، حتى لا يؤخذ من تركته — والمسألة معروفة.

وكذا لو كفل بنفس من عليه التعزير[3].

أما لو كفل بنفس من عليه حد القذف أو حد السرقة أو القصاص[4] — هل يجوز؟ ذكر أبو الحسن أن الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص جائزة في[5] قولهم إذا بذلها المطلوب بنفسه، ولكن هل للقاضي أن يأمره بالتكفيل[6] إذا طلب الخصم؟ قال أبو حنيفة: لا يأخذ القاضي منه كفيلا، ولكن يحبسه حتى تقام عليه البينة أو يستوفى[7].

ثم الكفيل بالنفس يؤخذ بإحضار المكفول عنه، ما دام إحضاره ممكنا مقدورا. فإن صار بحال لا يقدر على إحضاره بوجه من الوجوه، بأن مات: بطلت الكفالة، ولا شيء على الكفيل[8]. فأما إذا كان يرجى

---

(١) في ا: «تصبح». وفي ب: «فصح». وفي حـ: «يصح».

(٢) في حـ: «فيه».

(٣) «بنفس ... التعزير» من ت وفي الأصل: «.. كفل بالتعزير». وفي ا و حـ: «كفل من عليه التعزير».

(٤) «بنفس ... القصاص» من ا. وكذا في ب و حـ إلا أن فيهما: «بالقصاص». وفي الأصل: «... كفل بحد القذف أو بحد السرقة أو بالقصاص».

(٥) في ب: «وفي».

(٦) في ا و ب و حـ: «بالكفيل».

(٧) «أو يستوفى» من ا و ب و حـ.

(٨) «على الكفيل» ليست في ا و حـ.

حضور المكفول عنه ، بأن غاب : فإنه يتأخر المطالبة بالإحضار عن الكفيل، للحال، ويؤجل إلى مدة يمكنه[١] الإحضار في تلك المدة ، فإن لم يحضره[٢] وظهرت مماطلته ، فإنه يحبس الكفيل ، فإذا ظهر للقاضي أنه لا يقدر على الإحضار[٣] ، بدلالة الحال ، أو شهد الشهود بذلك - فإنه يخرج من الحبس ، وينظر إلى وقت القدرة ، كما في الإعسار في حق الدين ؛ وإذا أخرجه القاضي ، فإن الغرماء يلازمونه ، ولا يحول القاضي[٤] بينه وبين الغرماء ، ولكن ليس للغرماء أن يمنعوه من اشتغاله ، كما في الإفلاس سواء .

. . .

هذا إذا كفل بالنفس مطلقا .

فأما إذا ادعى عليه ألف درهم فكفل بنفسه[٥] « على أن يوافيه به[٦] غدا ، فإن لم يوافه به غدا[٧] فعليه المال الذي ادعى[٨] » : <ف>إن أقر المطلوب بالألف ، أو ثبت بالبينة ، وقضى القاضي ، وكفل على هذا

---

(١) في ا و حـ : « يمكن » .

(٢) في ا ب و حـ : « وإن لم يحضر » .

(٣) في ب : « للقاضي تعذر عليه الإحضار » .

(٤) « القاضي » من ا و ب و حـ .

(٥) في ب : « فكفل به » .

(٦) « به » من ا و ب و حـ وفيها : « على أن يواف به » .

(٧) « به غدا » من ا و ب و حـ .

(٨) في حـ : « إذا ادعى » . وفي ب : « الذي ادعاه » .

الوجه : صحت[١] الكفالة بالنفس ، وتصح الكفالة بالمال معلقاً بشرط[٢] ترك الموافاة غداً ، والكفالة بالشرط صحيحة[٣] — فإذا لم يواف به غداً : يؤخذ منه المال بسبب الكفالة بالمال ، وبقيت[٤] الكفالة بالنفس ، لأن من حجته أن يقول : « لى[٥] عليه مال آخر » .

ولو قال : « كفلت بنفسه على أنى إن لم أواف به[٦] غداً[٧] فعلىّ الألف » ، ولم يقل « الألف الذى ادعيت » : <فـ> على قول محمد : لا تصح الكفالة ، وعلى قولهما : تصح ، كأنه قال « فعلىّ الألف الذى[٨] تدعى » ، لأنها هى المعهودة .

فأما إذا أنكر المطلوب المال ، ثم كفل بنفسه « على أن يوافيه به[٩] غداً وإن[١٠] لم يواف به[١١] فعليه المال » — فلم يوافه به : لا يلزمه المال[١٢] ،

---

(١) فى ب : « فكفل على هذا الوجه تصح » . وفى حـ : « فكفل على هذا صح » . وفى ا : « فكفل على هذا صحت » .

(٢) فى حـ : « مطلقاً بشرط » .

(٣) « والكفالة ... صحيحة » من ا و ب و حـ . إلا أن فى ا و حـ : « صحيح » .

(٤) فى ا و حـ : « ويثبت » .

(٥) « لى » ليست فى حـ .

(٦) فى ا : « على أنه لئن لم يواف » . وفى حـ : « على أنى لئن لم يواف » .

(٧) « غداً » ليست فى ب .

(٨) فى ا و حـ و ب : « التى » . وفى المصباح أن الألف مذكر لا يجوز تأنيثه . وفى هذا الموضع فى ب تكرار .

(٩) « به » من ا و ب و حـ . وفيها : « على أن يواف به » .

(١٠) فى ا و ب و حـ : « فإن » .

(١١) « به » من ا و حـ .

(١٢) « المال » من ب . و « فلم يوافه به لا يلزمه المال » ليست فى ا و حـ . وفى ا : « فعليه المال لا يصح لأن وجوب المال » .

لأن وجوب المال لا يتعلق بالخطر ، أما الكفالة بالمال الثابت <ف> يتعلق بالخطر .

ولو كفل بالنفس والمال[١]،وسماه ،ثم قال: « إن وافيتك به غداً فأنا برىء منه » ، فوافاه به من الغد : يبرأ من المال[٢] فى إحدى الروايتين ، وفى رواية: لا يبرأ ، لأن هذا تعليق البراءة بالشرط ، وفى البراءة معنى التمليك ، فلا يصح تعليقه بالشرط .

ولو كفل بالنفس «على أن يوافى به عند القاضى ، غداً ».فسلمه إليه[٣] فى السوق : فإنه يبرأ .والأصل أنه إذا سلمه[٤] فى مكان يقدر على أن يحضره فيه إلى القاضى فهو كتسليمه[٥] فى مجلس القاضى . وكذا إذا سلمه فى أطراف هذا[٦] المصر .ولو سلمه فى قرية هذا المصر التى ليس[٧] فيها قاض : لا يبرأ .

ولو كفل « على أن يدفع فى مصر معين» ، فدفع[٨] فى مصر آخر: يبرأ عند أبي حنيفة ، وفى كل موضع فيه قاض ، وعندهما : لا يبرأ ما لم يسلم[٩] فى ذلك المصر بعينه[١٠] .

---

(١) فى ب : « وبالمال » .
(٢) « من المال » ليست فى ا و حـ . وفي ب : « فوافاه من الغد برىء من المال» .
(٣) فى ا و حـ : « فسلم الكفيل المكفول عنه إليه » .
(٤) في ا و ب و حـ : « متى سلمه » .
(٥) فى ب كذا : « لتسلمه » .
(٦) « هذا » ليست في ب .
(٧) « ليس » ليست في ا و حـ .
(٨) « معين فدفع » ساقطة في ب .
(٩) فى ا و حـ : « مالم يسلمه » . (١٠) زاد فى ب : « والله تعالى أعلم بالصواب » .

كتاب
الحوالة

الحوالة[١] مشروعة ، لقوله عليه السلام : « من أحيل على ملىء فليتبعه[٢] » .

. . .

ثم الحوالة مبرئة عندنا ـ حتى يبرأ المحيل ، من الدين الذى عليه ، بالحوالة إلى المحتال عليه[٣] . وللمحتال له أن يطالب المحتال عليه[٤] لا غير.

وقال زفر : لا يبرأ ، وله أن يطالبهما ، كما في الكفالة[٥] .

. . .

وكذا الكفالة ، بشرط براءة الأصيل : حوالة أيضا ، عندنا ـ لأنها حوالة معنى .

. . .

ثم ليس للمحتال له أن يرجع على المحيل إلا إذا توى ما على المحتال عليه ـ وذلك بطريقين عند أبى حنيفة : بأن يموت المحتال عليه مفلسا ، أو يجحد المحتال عليه الحوالة ويحلف . وعندهما : بهذين الطريقين ، وبطريق ثالث ،

---

(١) فى ا و حـ : « قال رحمه الله : الحوالة ... » .

(٢) في ا و ب و حـ : « فليتبع » .

(٣) فى ب : « إلى المحال عليه » . انظر الهامش التالى .

(٤) فى ب و حـ : « المحال عليه » . راجع الهامش السابق .

(٥) راجع فيما تقدم ص ٤٠٠ وما بعدها .

وهو أن يقضي القاضي بإفلاسه[١] في حال الحياة ، لأن القضاء بالإفلاس صحيح عندهما في حالة الحياة ، وعند أبي حنيفة : لا يصح .

وعلى قول الشافعي : لا يعود الدين إلى المحيل[٢] أبدا — والمسألة معروفة .

. . .

ثم الحوالة نوعان : مطلقة ومقيدة

أما المطلقة — < ف > أن يحيل صاحب الدين على رجل ، له مال عليه أو لم يكن ، وقبل ذلك الرجل .

< ف > إن لم يكن عليه مال : يجب عليه أن يؤدى .

وإن كان عليه مال ، ولم يقيد الحوالة به ، بأن[٣] لم يقل : « أحيله عليك بمالى عليك » أو « على أن تعطيه مما عليك » — وقبل المحتال عليه[٤] : فعليه أداء الألفين : ألف إلى المحيل ، وألف إلى المحتال له ، والمحيل[٥] أن يطالبه بذلك الألف ، لأنه لم تتقيد[٦] الحوالة به[٧] ، كما إذا كان عند رجل ألف درهم وديعة ، فأحال غريمه عليه بألف درهم ، ولم يقيده[٨] بالألف الوديعة ، فقبله : له أن يأخذ الوديعة ، وعلى المحتال عليه أداء الألف بالحوالة .

---

(١) فى ا و حـ : « بتفليسه » .

(٢) فى ا و حـ : « إلى ذمة المحيل » .

(٣) فى ب : « فإن » .

(٤) فى ا و حـ : « المحتال » . وفي ب : « المحال عليه » .

(٥) فى ا : « الألفين الى والألف المحتال له والمحيل » .

(٦) فى ب : « لم يقيد » .

(٧) « به » من ا و حـ . والمقصود : « بالدين » . راجع الكاسانى ٦ : ١٧ : ١ — ٢ .

(٨) الهاء من ب . وفى ا و حـ : « ولم يقبل بالألف » .

فأما إذا قيد الأداء بالمال(١) **الذى عليه** : < ف > ليس المحيل أن يطالبه بالأداء إليه ، لأنه تعلق به(٢) حق المحتال له ، فإذا أدى : تقع المقاصة بينهما .

. . .

ثم فى الحوالة المطلقة(٣) ـ إذا لم يكن على المحتال عليه دين ، فأدى(٤) إلى المحتال له ، أو وهب له . المحتال له(٥) ، أو تصدق عليه ، أو ورث من المحتال له ، أو أدى المحتال عليه دنانير أو عروضا(٦) بدل الدراهم : فإنه يرجع على المحيل بالمال ، بمنزلة الكفيل ، على ما مر . وإن أبرأه عن الدين ، وقبل منه ، ولم يرد الإبراء ـ فإنه يبرأ ، ولا يرجع على المحيل بشىء ، كما فى(٧) الكفالة .

هذا إذا كانت الحوالة بأمر المحيل ، **فإن كانت بغير أمره** ، فأدى(٨) المحتال عليه : فإنه لا يرجع ، وإن كان عليه دين : فهو بحاله(٩) .

---

(١) في ا : « فأما إذ أدى المال الذى ... » . وكذا فى حـ ماعدا « إذا » والصحيح ما فى المتن . وفى ب كذا : « فأما إذا اقتدا الادا بالمال » .

(٢) « به » ليست في حـ .

(٣) فى ب تكرار هنا ،

(٤) فى ا و حـ : « ثما أدى » .

(٥) فى ا و ب : « المحتال » .

(٦) « دنانير أو عروضا » من ا و ب و حـ . وفى الأصل : « دينارا وعوضا » .

(٧) « الدين وقبل منه . كما فى » ساقطة من ا و حـ . ففيهما : « على ما مر ولن أبرأ عن الكفالة » .

(٨) فى ب : « فإن كان بغيره فأدى » .

(٩) زاد فى ب : « والله تعالى أعلم بالصواب » .

كتاب

الصلح

الصلح[١] مشروع بالكتاب، والسنة، والإجماع.

أما الكتاب — فقوله تعالى: «وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يَصّلَحا بينهما صلحاً، والصلح خير»[٢].

وأما السنة — فما[٣] روى عن النبي عليه السلام أنه قال: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً»[٤].

وعليه الإجماع.

• • •

---

(١) فى ا و ح: «قال رحمه الله: الصلح». وفى ت: «قال الشيخ الإمام رحمه الله: مشروع». و «الصلح» ليست فى ب.

(٢) سورة النساء: ١٢٨ — وهكذا ورد فى ا و ب. أما فى الأصل فقد اكتفى بقوله تعالى: «والصلح خير». وأما فى ح فقد ورد: «وإن امرأة ... صلحا» ولم يرد فيها: «والصلح خير». وانظر الهامش بعد التالى.

(٣) الفاء من ب.

(٤) فى ب: «... جائز إلا صلح حل حراما ...». وفى ا: «وأما السنة <ف> قوله صلى الله عليه وسلم: كل صلح جائز بين المسلمين إلا ما أحل حراما أو حرم حلالا». وأما فى ح فعبارة «وأما السنة ... أنه قال» ساقطة منها ففيها: «والصلح بين المسلمين جائز إلا أحل حراما أو حرم حلالا». فساقط من ح: «الصلح خير وأما السنة فما روى عن النبى عليه السلام أنه قال». راجع الهامش قبل السابق.

ثم الصلح أنواع[١] ثلاثة :

أحدها ـ الصلح عن إقرار المدعى عليه : وهو جائز ، بالإجماع .

والثاني ـ الصلح عن[٢] إنكاره[٣]: وهو جائز، عندنا . وقال ابن أبي ليلى : لا يجوز ، وهو قول الشافعي .

والثالث ـ الصلح عن سكوت المدعى عليه : وهو جائز أيضاً ، عندنا ، وهو قول ابن أبي ليلى . وقال الشافعي: لا يجوز ـ والمسألة معروفة.

. . .

ثم لا يخلو : إما إن كان الصلح بين المدعى و[٤] المدعى عليه ، أو بين المدعى و[٥] الأجنبي[٦] .

أما الأول

فلا يخلو : إما أن تكون[٧] الدعوى في العين القائمة[٨] أو في الدين، ولا يخلو : إما إن كان الصلح عن إنكار أو عن إقرار .

أما إذا كانت[٩] الدعوى في الأعيان القائمة ، والصلح عن إقرار :

---

(١) في ا و حـ : « في الأصل أنواع » .

(٢) في حـ : « على » .

(٣) كذا في ا و حـ . وفي الأصل و ب : « إنكار » .

(٤) و (٥) زاد هنا في ب : « بين » ففيها : « بين المدعى عليه أو بين المدعى وبين الأجنبي » .

(٦) في ا : « الأجنبي المتوسط » .

(٧) « الصلح بين المدعى ... إما أن تكون » ليست في حـ . وفي ب : « إما إن وقع » .

(٨) في الأصل و ا و ب و حـ : « في العين القائم » .

(٩) في الأصل و ا و ب و حـ : « كان » . راجع الهامش السابق .

فإن هذا الصلح في معنى البيع، من الجانبين، فما يجوز في البيع يجوز في الصلح، وما لا فلا. فإن كان المدعى به عروضاً أو عقاراً أو حيواناً من العبيد والدواب: يجوز الصلح **إذا كان بدل الصلح عيناً** قائما معينا مملوكاً له[١]، سواء كان كيلياً أو وزنياً أو غير ذلك من الحيوان والعروض.

أما إذا كان ديناً — <ف> إن كان شيئاً من المكيل والموزون معلوم القدر[٢] والصفة: يجوز[٣]، كما في البيع، لأن هذه الأشياء تصلح ثمنا[٤]: عينا كان أو دينا.

وإن كان البدل ثيابا موصوفة في الذمة: لا يجوز، ما لم يوجد فيه جميع شرائط السلم، بخلاف الكيلي والوزني[٥]: فإنه يثبت دينا في الذمة مطلقا في المعاوضة المطلقة، فيصلح ثمنا من غير أجل.

وإن كان البدل حيوانا موصوفا في الذمة[٦]: لا يجوز، لأنه لا[٧] يصير دينا في مقابلة مال بمال، فلا يصلح ثمنا[٨].

---

(١) « له » ليست فى ب.

(٢) فى ا و ب و ح: « من الحيوان والعروض أو كان دينا من الكيلى والوزنى معلوم القدر..».

(٣) « يجوز » ليست فى ا و ب و ح. راجع الهامش السابق.

(٤) « ثمنا » ساقطة من ح.

(٥) « والوزنى » من ا و ب و ح.

(٦) فى ا و ح: « موصوفا فى الذمة مطلقا فى المعاوضة (فى ح كذا: فى المفاوضة) ».

(٧) « لا » من ا و ب. وفى الكاسانى (٦: ٤٣: ٢): « إلا الحيوان لأنه يثبت دينا فى الذمة بدلا عما هو مال أصلا » ـ ولعل الصواب: « لا يثبت ».

(٨) فى ب: « ولا يصلح ثمنا ». وقد زاد فى الأصل هنا: « وإن كان فى الذمة لا يجوز، لأنه يصير دينا فى مقابلة مال بمال، فلا يصلح ثمنا »، وظاهر أنه تكرار لما سبق.

وإن كان الصلح عن إنكار :

فكذلك الجواب في جانب **المدعى** .

فأما في جانب **المدعى عليه** : فهو إسقاط ، وبدل عما ليس بمال .

. . .

وعلى هذا ـ يثبت حق الشفعة ، في الجانبين، في الصلح عن إقرار، حتى إن البدل إذا كان داراً والمدعى به داراً: يثبت للشفيع الشفعة في الدارين[١] وفي الصلح[٢] عن إنكار ، والمسألة بحالها : يثبت للشفيع الشفعة في الدار التي هي بدل الصلح[٣] ، دون الدار التي هي مدعى بها ، لما قلنا .

وكذا حق الرد بالعيب ، وحكم الاستحقاق : على هذا ـ في الصلح عن إقرار : يثبت[٤] من الجانبين ، وفي الصلح عن إنكار : يثبت[٥] في جانب المدعى لا غير .

. . .

أما إذا كان المدعى به ذهبا أو[٦] فضة :

فإن كان البدل غير الذهب والفضة : فإنه يجوز الصلح ، كيفما كان .

وإن كان[٧] البدل ذهبا أو[٨] فضة :

---

(١) « حتى إن ... في الدارين » من ا و ب و حـ .

(٢) في ا و ب و حـ : « وإن كان الصلح » .

(٣) في ب : « الشفعة في بدل الصلح » ـ فليس فيها : « الدار التي هي » .

(٤) و (٥) كذا في ا و ب و حـ : « يثبت » . وفي الأصل : « ثبت » .

(٦) الهمزة من حـ . انظر الهامش بعد التالي .

(٧) « وإن كان » ليست في ا و حـ .

(٨) الهمزة من ب و حـ . راجع الهامش قبل السابق .

فإن كان الصلح عن إقرار ، والبدل من جنس المدعى به : < ف > لا يصح (١) ، إلا سواء بسواء ، ويشترط التقابض .

وإن كان بخلاف جنسه ، كالذهب مع الفضة : يجوز مع التفاضل ، ولكن يشترط القبض فى المجلس ، لأن هذا صرف ، فيشترط فيه شرائط الصرف (٢) .

وكذلك الجواب فى الصلح ، عن إنكار ، فى حق المدعى .

هذا كله (٣) إذا كان المدعى به عينا - فأما إذا كان دينا :

فإن كان دراهم أو دنانير (٤) . وبدل الصلح عين مال معلوم من غير (٥) الكيلى والوزنى (٦) : فإنه يجوز ، ويكون ذلك بمنزلة بيع العين بالدين إن كان عن إقرار . وإن كان عن إنكار : ففى (٧) حق المدعى كذلك ، إلا أنه إذا كان البدل من الذهب والفضة التى تتعين ، كالتبر والأوانى منهما : يكون صرفا . فيشترط التساوى والتقابض فى الجنس ، والتقابض ، فى خلاف الجنس ، دون التساوى (٨) .

---

(١) في حـ : « لا يصلح » .

(٢) راجع فيما تقدم ص ٣٩ وما بعدها .

(٣) « كله » من ا و ب و حـ .

(٤) في ب : « بأن كان دراهم ودنانير » .

(٥) « عين مال ... غير » من ا و حـ . وفي الأصل تشويش فقيه : « وبدل الصلح غير مال معلوم من العين الكيلى .. الخ » . انظر الهامش التالى .

(٦) « من غير الكيلى والوزنى » ليست في ب . راجع الهامش السابق .

(٧) « ففى » من ا و ب و حـ . وفى الأصل : « فهى » .

(٨) « الا أنه ... التساوى » من ا و ب و حـ .

وإن كان البدل من الدراهم والدنانير - <ف> إن كان من جنسه، كما إذا كان عليه ألف درهم جيدة، فصالح من ذلك على ألف درهم جيدة أو رديئة: جاز، و[1] يكون هذا استيفاء عين[2] حقه وإبراء عن صفته[3].

وإن صالح على خمسمائة جيدة أو رديئة: جاز، و[4] يكون استيفاء للبعض وإبراء عن البعض[5].

وإن صالح على ألف درهم[6]: لا يجوز، لأنه لا يمكن أن يجعل[7] استيفاء، فيجعل صرفا، والتساوي شرط لصحة الصرف عند اتحاد الجنس.

وأصل هذا أن الصلح متى وقع على جنس ما هو المستحق بعقد المداينة، يجعل استيفاء، وإن لم يمكن أن يجعل استيفاء، يكون صرفا، فيشترط فيه شرائط الصرف[8].

وعلى هذا - إذا صالح من ألف درهم ردىء[9]، على خمسمائة جيدة: لا يجوز، لأن مستحق الردىء لا يستحق الجيد، فلا يمكن أن يجعل استيفاء، فيكون صرفاً، وبيع ألف درهم ردىء[10] بخمسمائة جيدة: لا يجوز، لأنه ربا[11].

---

(١) « جاز و » من ب.
(٢) « عين » من ب. وفى الأصل: « غير ». وفي ا و حـ: « عن ».
(٣) « وإبراء عن صفته » من ا و حـ. وفي ب: « وإبراء عن الصفة »
(٤) « جاز و » من ب.
(٥) في ب كذا: « وابرا البعض ».
(٦) في ب: « ودرهم ».
(٧) « أن يجعل » ليست فى ا ففيها: « لايمكن استيفاء ».
(٨) راجع فيما تقدم ص ٣٣ وما بعدها.
(٩) و(١٠) في ب: « رديئة ».
(١١) راجع فيما تقدم ص ٣٩ وما بعدها.

ولو صالح من ألف سود ، على ألف بيض ، وسلمها في المجلس : جاز ، لأنه ليس باستيفاء ، وهو صرف[١] ، فإذا وجد التقابض وهما في مجلس واحد[٢] : جاز[٣] ، لأن الجودة لا قيمة لها[٤] ، عند مقابلتها بجنسها . وإن افترقا : بطل .

ولو صالح عن ألف[٥] بيض ، على خمسمائة سود : جاز ، ويكون هذا[٦] حطاً عن القدر والصفة ، و[٧]استيفاء لبعض الأصل .

ولو صالح من الدين الحال على المؤجل ، وهما في القدر سواء : جاز ، ويكون هذا تأجيلا للدين . ولو كان على العكس : يجوز أيضاً[٨] ، ويكون استيفاء ، ويصير الآخر تاركاً حقه ، وهو الأجل .

ولو كان الدين مؤجلاً ، وصالح على بعضه معجلا : لا يجوز ، لأن صاحب الدين المؤجل لا يستحق المعجل ، فلا يمكن أن يجعل استيفاء ، فصار عوضاً ، وبيع خمسمائة بألف لا يجوز .

ولو كان البدل بخلاف جنسه ، بأن صالح من الدراهم على الدنانير :

---

(١) في ب : « لأنه صرف وليس باستيفاء » .

(٢) في ا و ب و حـ : « وهما من جنس واحد » .

(٣) « جاز » ليست في ب .

(٤) « لها » ليست في حـ .

(٥) « ألف » ساقطة من حـ .

(٦) « هذا » ليست في ا و ب و حـ .

(٧) « و » ليست في ا و حـ .

(٨) « أيضا » ليست في ا و ب و حـ .

< ف > إن[١] وجد التقابض : يجوز ، وإلا فلا . لأنه لا يمكن أن يجعل استيفاء ، لاختلاف الجنس ، فيصير صرفا ، فيشترط[٢] شرائط الصرف.

وكذا فى سائر الوزنيات إذا كانت موصوفة فى الذمة ، لأنه افترق عن دين بدين[٣] .

وعلى هذا إذا كان الدين[٤] كيليا ، فصالح على جنسه ، أو على خلاف جنسه ، على الفصول التى ذكرنا من غير تفاوت .

. . .

وأما إذا كان بدل الصلح المنافع - بأن كان على رجل عشرة دراهم ، فصالح من ذلك على منفعة الدار سنة أو ركوب الدابة[٥] سنة[٦] ونحو ذلك : فإنه يجوز ، ويكون إجارة إن كان الصلح عن إقرار من الجانبين . وإن كان عن إنكار من جانب المدعى : فكل حكم عرف فى الإجارة ، فهو الحكم ههنا : فى[٧] موت العاقدين ، وهلاك المستأجر ، والاستحقاق من غير تفاوت[٨] ، وقد ذكرنا فى الإجارة - إلا أن فى الصلح عن إقرار يرجع إلى المدعى به ، وفى الصلح عن إنكار يرجع إلى أصل الدعوى.

. . .

---

(١) فى ب : « وإن » . وفي ا : « من الدراهم والدنانير : لأن » .

(٢) زاد في ا و ب و حـ هنا : « فيه » .

(٣) « وكذا في سائر ... دين بدين » من ا و ب و حـ .

(٤) « الدين » من ا و حـ .

(٥) هكذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل كذا : « الدار » .

(٦) « سنة » ليست في ب .

(٧) هكذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « من » .

(٨) في ا و حـ : « فضل تفاوت » .

وإن كان الدين[١] المدعى به حيوانا - بأن وجب فى الذمة عن قتل الخطأ ، أو في المهر وبدل الخلع[٢] ، فصالح على دراهم فى الذمة، وافترقا من غير قبض : جاز ، وإن كان هذا ديناً بدين ، لأن هذا ليس بمعاوضة ، بل استيفاء عين[٣] حقه ، لأن الحيوان الذى وجب فى الذمة لم يكن وجوبه لازما، حتى إن من عليه إذا جاء بقيمته: يجبر من له[٤] على القبول - بخلاف سائر الديون .

. . .

هذا الذى ذكرنا إذا كان المدعى به مالا - فأما إذا كان حقوقا ليست بمال، فصالح منها على بدل هو مال : فهذا على ضربين : ضرب يجوز ، وضرب لا يجوز .

أما الضرب الذى يجوز - <ف> نحو الصلح عن موجب العمد فى النفس وما[٥] دون النفس على أى بدل كان، ديناً كان أو عيناً[٦]، أقل من الدية[٧] وأرش الجناية أو أكثر ، لأن هذا بدل القصاص، لا بدل الدية -

---

(١) « الدين » ليست فى ب .

(٢) في حـ : « وفي المهر وبدل الجمل » .

(٣) « عين » ليست فى ب . وفي حـ كذا : « بلا استيفاء عين » .

(٤) « من له » ليست فى ا .

(٥) في ب : « وفيما » .

(٦) « أى ... عينا » من ا و ب و حـ . وفي الأصل : « ومادون النفس على بدل أقل » .

(٧) فى ب : « أرش الدية » .

إلا أن البدل إذا كان دينا: لا بد من القبض فى المجلس ، حتى لا يكون افتراقا عن دين بدين . وبمثله[١] لو كان الصلح فى قتل الخطأ وجراح الخطأ . فيما ذكرنا من جواز الصلح واشتراط القبض فى الدين ، إلا أن الفرق بين العمد والخطأ أن فى العمد الصلح[٢] على أكثر من الدية والأرش جائز، وفى الخطأ على أكثر من الدية والأرش[٣] لا يجوز، لأن ههنا[٤] الأرش والدية مقدران شرعا ، والزيادة عليه[٥] ربا ، فلا يجوز[٦] ، فهو الفرق[٧][٨] .

ثم ينظر : إن كان البدل مما يصلح مهراً فى النكاح ، وتصح تسميته :

---

(١) فى ب : « ومثله » . وفى ا : « فكذا » . وفى حـ : « وكذا » .

(٢) « فيما ذكرنا ... العمد الصلح » من ا و ب و حـ

(٣) « جائز ... والأرش » من ب .

(٤) « ههنا » من ب . وفى ا و حـ : « هذا » .

(٥) في ا و ب و حـ : « مقدرة شرعا فالزيادة عليه » .

(٦) في ا و حـ : « فلا يجوز ذلك بدلا عن القصاص » . وانظر الهامش بعد التالى .

(٧) فى ا و ب و حـ : « فهو (في ب : وهو) الفرق فى الصلح عن العمد والخطأ جميعا » .

(٨) فى الكاسانى (٦ : ٤٩ : ٥) : « وسواء كان البدل قدر الدية أو أقل أو أكثر لقوله تعالى : «فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان» - قوله عز وجل « فمن عفى له » أى أعطى له : كذا روى عن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما ، وقوله عز شأنه : «فاتباع بالمعروف » أى فليتبع مصدر بمعنى الأمر، فقد أمر الله تبارك وتعالى الولى بالاتباع بالمعروف إذا أعطى له شيء ، واسم الشيء يتناول القليل والكثير، فدلت الآية على جواز الصلح من القصاص على القليل والكثير ، وهذا بخلاف القتل الخطأ وشبه العمد : أنه إذا صالح على أكثر من الدية لا يجوز - والفرق أن بدل الصلح فى باب الخطأ وشبه العمد عوض عن الدية وإنها مقدرة بمقدار معلوم لا تزيد عليه ، فالزيادة على المقدر تكون ربا ، فأما بدل الصلح عن القصاص فعوض عن القصاص، والقصاص ليس من جنس المال حتى يكون البدل عنه زيادة على المال المقدر ، فلا يتحقق الربا - فهو الفرق » .

يجب ذلك . وإن كان مما لا يصلح مهراً ولا تصح تسميته ، ويجب فى ذلك مهر المثل: تجب ههنا دية النفس فى القتل ، وأرش الجناية فيما دون النفس[١] إلا فى فصل واحد[٢] وهو أنه إذا صالح على خمر أو خنزير فى العمد[٣] ـ فإن كان[٤] فى النكاح: يجب مهر المثل ، وههنا : يسقط القصاص ، ولا يجب شىء ، ويكون ذلك عفوا منه .

وما عرفت من الجواب في الصلح عن دم العمد ، فهو الجواب فى الخلع ، والعتق على مال ، والكتابة ، فيما ذكرنا .

. . .

وأما الضرب الثانى ـ فأنواع كثيرة :

منها ـ أن[٥] المشترى إذا صالح مع الشفيع عن حق الشفعة على مال[٦] معلوم : لا يجوز .

ومنها ـ أن الكفيل بالنفس إذا صالح[٧] المكفول له ، بمال معلوم على أن يبرأ[٨] من الكفالة : فالصلح باطل ، والكفالة لازمة .

---

(١) « فى القتل وأرش الجناية فيما دون النفس » ليست فى ا و حـ .
(٢) « واحد » من ا و ب و حـ .
(٣) « فى العمد » من ا و ب و حـ .
(٤) « كان » من ا و حـ .
(٥) « أن » من ا و ب و حـ .
(٦) في ا و حـ : « بدل » . وانظر الهامش التالى .
(٧) « مع الشفيع ... إذا صالح » ساقطة من ب .
(٨) فى ب : « على أن يبرئه » . وفى ا و حـ : « على تبرية » .

ولو[١] كان لرجل ظلة على طريق نافذة أو كنيف[٢] شارع ، فخاصمه رجل فيه و[٣]أراد طرحه. فصالحه على[٤] دراهم : فالصلح باطل ، لأن هذا حق لجماعة المسلمين ، ولم يكن له حق معتبر[٥] ، حتى يكون إسقاطا لحقه .

وبمثله[٦] لو كان الطريق غير نافذ ، فخاصمه رجل من أهل الطريق ، فصالحه على دراهم مسماة : فالصلح جائز[٧] ، لأنه مشترك بين جماعة محصورة ، فيكون جزء منه ملكا لهذا الواحد[٨] ، فيكون صلحا عن حقه ، وفيه فائدة لاحتمال أن يصالح البقية - بخلاف الأول ، لأنه لا يتصور الصلح من[٩] جميع الناس .

ولو ادعى رجل[١٠] على رجل مائة درهم، فأنكرها المدعى عليه ،

---

(١) ابتداء من « ولو كان لرجل .. » حتى « والمدعى به لا يسقط » في ص ٤٣٤ ؛ تأخرت في الأصل فجاءت في آخر الباب الآتي : « باب آخر من الصلح » ولذا فقد كتب في هامش الأصل أمام أول تلك العبارة : « زايد إلى المزارعة » أي إلى آخر الصلح والحقيقة أنه زايد في هذا الموضع الذي جاء فيه ولكنه ناقص من موضع سابق هو هذا الموضع الذي نقلناه إليه كما في ا و ب و حـ . (انظر فيما بعد الهامش ٣ ص ٤٣٤) .

(٢) الكنيف الحظيرة . وفي ا : « نافذ أو كنف » . وفي حـ : « نافذ وكنف » . وفي ب : « أو على كشف » .

(٣) في ب : « إذا » .

(٤) في ب : « عن » .

(٥) هكذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « معين » .

(٦) في ب : « ومثله » .

(٧) « جائز » ساقطة من ا .

(٨) في ا و حـ : « الرجل » . وفي ب : « ملك هذا الواحد » .

(٩) في ب : « عن » .

(١٠) « رجل » من ب و حـ .

فصالح المدعى على أنه «إن حلف المدعى عليه ، فهو برىء» ، فحلف المدعى عليه: «ما لهذا المدعى قليل ولا كثير» : فإن الصلح باطل ، والمدعى على دعواه ، فإن أقام بينة : أخذه بها ، وإن لم يكن له بينة وأراد استحلافه : له ذلك[١] ــ وإنما بطل ذلك ، لأنه إبراء معلق بالشرط ، وهو فاسد ، لأن فيه معنى التمليك[٢] . وأما الاستحلاف فهو على وجهين : إن حلف فى غير مجلس القاضى : فله أن يحلفه ثانيا ، لأن الحلف فى غير مجلس القاضى لا عبرة به ، فيحلفه ثانيا . وأما إذا حلف فى مجلس القاضى[٣] : <ف> لا يحلفه ثانيا ، لأن حق المدعى فى الحلف صار مستوفى مرة ، فلا يجب عليه الإيفاء ثانيا[٤] .

ولو اصطلحا على أنه «يحلف المدعى ، فمتى حلف[٥] فالدعوى لازمة للمدعى عليه» ــ فحلف المدعى على ذلك : فإن الصلح باطل[٦] ، ولا يلزم المدعى عليه شىء بهذا ، لأن هذا إيجاب المال بشرط ، وهو[٧] فاسد .

---

(١) زاد هنا فى ا و حـ : «لأن فيه معنى التمليك» ـ انظر الهامش التالى . وزاد هنا فى ب : «عند غير هذا القاضى الذى حلف . لأن الحلف لا يتكرر عند القاضى ، فى مال واحد» راجع الهامش التالى والهامش ٤ .

(٢) «لأن فيه معنى التمليك» ليست فى ب . وفى ا و حـ وردت هذه العبارة من قبل بعد قوله «وأراد استحلافه له ذلك» . راجع الهامش السابق .

(٣) «فى مجلس القاضى» ليست فى حـ .

(٤) «وأما الاستحلاف فهو على وجهين ... فلا يجب عليه الإيفاء ثانيا» ليست فى ب راجع فيما تقدم الهامش ١ .

(٥) «فمتى حلف» ساقطة من حـ . وفى ا : «يحلفه المدعى لمن حلف» .

(٦) فى ا و حـ : «فحلف المدعى على ذلك باطل ، لأن الصلح باطل» .

(٧) فى ا و حـ : «بشرط هو» .

ولو ادعى على امرأة نكاحها[١]، فصالحها، على مائة درهم، على أن تقر له بالنكاح : فهو[٢] جائز، وتكون المائة زيادة في مهرها، لأن إقرارها بالنكاح محمول[٣] على الصحة.

وكذا لو قال لها[٤]: «أعطيتك[٥] مائة درهم، على أن تكوني[٦] امرأتي» - فهو جائز إذا قبلت[٧] ذلك بمحضر من الشهود، ويكون هذا كناية عن النكاح ابتداء.

وكذا لو قال: «تزوجتك أمس على ألف درهم[٨]» فقالت: «لا»، فقال: «أزيدك مائة على أن تقرى لى بالنكاح»، فأقرت: كان لها ألف ومائة، والنكاح جائز، ويحمل إقرارها على الصحة.

وكذا لو ادعى على رجل مجهول النسب أنه عبده، فأنكر وقال: «إني حر الأصل»، فصالح المدعى عليه، مع المدعى، على بدل معلوم: جاز - حتى لو أقام المدعى البينة بعد ذلك: لا تقبل، ويصير ذلك

---

(١) «نكاحها» من حـ. وفي ا : «نكاحا».
(٢) «فهو» من ا و حـ. وفي ب : «بالنكاح : جاز».
(٣) كذا في ا و ب و حـ. وفي الأصل : «محموله».
(٤) «لها» من ا و حـ.
(٥) هكذا في ا و ب و حـ. والكاساني (٦ : ٥١ : ٣ من أسفل) وفي الأصل : «أعطيك».
(٦) هكذا في ا و ب و حـ. وفي الأصل : «تكون».
(٧) في ا و ب و حـ : «قبل».
(٨) «درهم» من ا و حـ.

بمنزلة[١] العتق ببدل ، ولكن تقبل[٢] البينة فى حق إثبات الولاء .

ولو ادعى على رجل ألف درهم ، فأنكر ، فقال : « أقر لى بها عليك[٣] على أن أعطيك مائة درهم » - كان باطلا ، لأن هذا إيجاب الألف على نفسه بمائة درهم[٤] .

وكذلك لو صالح القاذف مع المقذوف ، بشىء ، على أن يعفو عنه ، ولا يخاصمه - فهو باطل[٥] .

وكذلك لو صالح الشاهد[٦] ، بمال ، على أن لا يشهد عليه ، أو[٧] أراد أن يشهد على الزانى أو[٨] السارق أو[٩] القاذف ، فصالحوه على مال : فالصلح باطل[١٠] ، ولا تقبل شهادته فى هذه الحادثة ، وفى غيرها . إلا أن[١١] يتوب ويسترد المال منه[١٢] فى جميع ذلك[١٣] .

---

(١) « بمنزلة » من ا و ب و حـ .
(٢) فى ب : « لكن لا تقبل » و « لا » زائدة - راجع الكاسانى (٦ : ٥٠ : ١٣) .
(٣) « عليك » من ا و حـ .
(٤) فى ا و حـ : « لأن إيجاب الألف على نفسه بمائة درهم باطل » .
(٥) انظر فيما بعد الهامش ١٠ .
(٦) « الشاهد » ليست فى ب .
(٧) فى ا و حـ : « و » .
(٨) و (٩) فى ب : « و » .
(١٠) « وكذلك لو صالح الشاهد ... فالصلح باطل » وردت فى ا و حـ قبل « وكذلك لو صالح القاذف ... فهو باطل » راجع فيما تقدم الهامش ٥ .
(١١) فى ا و حـ : « وفى غيرها وأن » .
(١٢) « منه » من ا و ب و حـ .
(١٣) « فى جميع ذلك » ليست فى ا و حـ .

ولو ادعى رجل قبل رجل، وديعة، أو عارية، أو مالا مضاربة، أو إجارة، فقال الأمين: «قد رددتها عليك» أو[1] «هلكت»، ثم صالحه على مال: فإن الصلح باطل عند أبي يوسف، وعند محمد: جائز[2] — وهي من الخلافيات.

وأما إذا كان الصلح بين المدعي والأجنبي

فلا يخلو: إما إن كان بإذن المدعى عليه، أو بغير إذنه.

أما إذا كان بإذنه:

< فإنه > يصح الصلح. ويكون وكيلا عنه في الصلح، ويجب المال على المدعى عليه، دون الوكيل، سواء كان الصلح عن إقرار أو عن إنكار، لأن الوكيل في الصلح لا ترجع إليه الحقوق — وهذا إذا لم يضمن بدل الصلح عن المدعى عليه. فأما إذا ضمن: فإنه يجب عليه، بحكم الكفالة والضمان، لا بحكم العقد.

فأما إذا كان بغير إذنه:

فهذا صلح الفضولي. وهو على أربعة أوجه:

في ثلاثة منها[3]: يصح الصلح، ويجب[4] المال على المصالح الفضولي،

---

(١) في ا: «و».

(٢) في ا: «باطل عند أبي حنيفة. وعند أبي يوسف ومحمد: جائزة». وفي الكاساني (٦: ٥٠: ٦ من أسفل) كما في المتن.

(٣) «منها» من ب و ا.

(٤) في ا و ب و ح: «ويلزم». وفي ب: «يصح ويلزم».

ولا يجب على المدعى عليه شيء[١] ـ بأن يقول الفضولي للمدعى: «أصالحك من دعواك هذه على فلان بألف درهم على أني ضامن لك[٢] هذه الألف» أو «عليّ هذه الألف»[٣] أو قال «على ألفي[٤] هذه أو على عبدي هذا[٥]»: أضاف المال إلى[٦] نفسه، أو عين البدل فقال: «عليّ هذه الألف أو عليّ هذا العبد»، وإنما كان هكذا، لأن التبرع بإسقاط الدين، بأن يقضي دين غيره بغير إذنه، صحيح، والتبرع[٧] بإسقاط الخصومة عن غيره صحيح. والصلح عن إقرار إسقاط للدين[٨]، والصلح عن إنكار إسقاط للخصومة[٩]، فيجوز كيفما كان.

وفى فصل واحد ـ لا يصح، بأن قال: «أصالحك من دعواك هذه مع فلان على ألف درهم. أو على عبد وسط» ـ فإن هذا الصلح موقوف على إجازة المدعى عليه: فإن[١٠] أجاز: يصح، ويجب المال عليه دون المصالح،

---

(١) في ب: «على المدعى شيء».

(٢) «لك» ليست في ا و حـ.

(٣) زاد هنا في ا و ب و حـ: «هما فصل واحد».

(٤) في ا و حـ: «ألف» ـ والصحيح ما في المتن لأن هذه من صور إضافة المال إلى نفسه.

(٥) في حـ: «أو على عبدي هذه». وفي ا: «أو على عبدي هذه الألف» ـ وما في المتن كما في الكاساني (٦: ٥٢: ٥).

(٦) كذا في ا و ب و حـ: «إلى». وفي الأصل: «على».

(٧) في ا و حـ: «بغير إذنه يصح التبرع».

(٨) هكذا في ب. وفي الأصل: «الدين». وعبارة «والصلح عن إقرار إسقاط للدين» ساقطة من أ و حـ. وفي ا: «عن غيره صحيح والصلح عن إنكار». وفي حـ: «عن غيره والصلح عن إنكار».

(٩) هكذا في ب. وفي الأصل و ا و حـ: «الخصومة».

(١٠) الفاء من ب. وفي ا و حـ: «إن أجازه».

لأن الإجازة بمنزلة ابتداء التوكيل، والحكم في التوكيل[1] كذلك،
وإن لم يجز: يبطل الصلح، لأنه لا يجب المال، والمدعى به
لا يسقط[2][3].

. . .

وعلى هذا ـ **الخلع من الأجنبى**: على هذه الفصول:

إن كان بإذن الزوج: يكون وكيلا عنه، ويجب المال على المرأة
للزوج[4] دون الوكيل، لأنه معبر وسفير، فلا يرجع إليه بالحقوق.

وإن كان بغير إذنه: فإن[5] وجد من الفضولى ضمان بدل الخلع أو
قال: «خالع امرأتك على كذا درهم عليّ أو على عبدى هذا أو على
هذا[6] الألف أو عليّ هذا العبد» ـ فإن الخلع صحيح، ويجب المال
على الفضولى، وليس له أن يرجع، لأنه متبرع.

وإن قال: «اخلع امرأتك على كذا»، فقال: «خلعت»[7] ـ فإنه
موقوف على إجازة المرأة: فإن أجازت: صح[8] الخلع، ويجب البدل

---

(١) هكذا فى ا و ح. وفى الأصل و ب: «الوكيل» ـ وزادهنا فى ح: «صحيح».

(٢) فى ا و ح: «والمدعى به لا يسقط حقه مجانا».

(٣) إلى هنا انتهى «كتاب الصلح» فى الأصل وانتهت العبارة التى نقلناها من موضعها فى الأصل إلى محلها الصحيح الذى تقدم (راجع فيما تقدم الهامش ١ ص ٤٢٨).

(٤) فى ا و ب و ح: «والزوج».

(٥) كذا فى ا و ب و ح. وفى الأصل: «بأن».

(٦) فى ا و ب و ح: «هذه».

(٧) خالعت المرأة زوجها واختلعت منه إذا افتدت منه بمالها. فإذا أجابها إلى ذلك فطلقها قيل: خلعها (المغرب). وراجع «باب الخلع» ص ٢٩٩ وما بعدها من الجزء الثانى.

(٨) فى ب: «جاز».

عليها دون الفضولى . وإن لم تجز : بطل الخلع ، ولا يقع الطلاق .

وعلى هذه الفصول[١] : **العفو**[٢] **عن دم العمد** من الأجنبي .

وعلى هذه الفصول[٣] : **الزيادة فى الثمن**[٤] من الأجنبي : إن كان<ت> بإذنه : يكون وكيلا ، وتجب على المشترى . وإن كان<ت> بغير إذن المشترى : فهو على الفصول[٥] التى ذكرنا[٦] .

---

(١) هكذا فى ا و ب . وفى حـ و الأصل : «وعلى هذا الفضولى». وانظر الهامشين ٣ و ٥ .

(٢) « العفو » من ا و ب و حـ . وفى الكاسانى (٦ : ٢٥٢ : ٢٢) : « وكذلك العفو والصلح عن دم العمد من الأجنبي : على هذه الفصول » .

(٣) هكذا في ا و ب . وفي حـ والأصل : « وعلى هذا الفضولى». راجع الهامشين ١ و ٥ .

(٤) « في الثمن » ليست فى ب .

(٥) فى حـ : « الفضولى » . راجع الهامشين ١ و ٣ .

(٦) زاد فى ب : « والله تعالى أعلم » .

باب آخر

من

الصلح

جمع في الباب[1] مسائل متفرقة :

منها :

ـــ أن من[2] كان له على آخر ألف درهم، فقال المديون[3]: « أصالحك على أن أحط عنك منها[4] خمسمائة على أن تعطيني اليوم خمسمائة » ـ فصالحه[5] على ذلك : قال[6] أبو حنيفة ومحمد : إن أعطاه خمسمائة في ذلك اليوم : برىء من الخمسمائة الأخرى ، وإن لم يعطه حتى مضى اليوم[7]: انتقض الصلح، وعادت الألف عليه كما كانت . وقال أبو يوسف بأنه يبرأ من الخمسمائة، ويبقى عليه خمسمائة .

ـــ وأجمعوا أنه إذا قال : « أصالحك عن الألف[8] على خمسمائة تعجلها اليوم فإن لم تعجلها فالألف عليك» ـ ولم يعجل اليوم : بطل الصلح ، وعليه الألف .

---

(١) في الأصل : « قال: جمع في الباب » . وفي ا و ح : « قال رحمه الله : في الباب » .

(٢) في ا : « أن كل من » .

(٣) هكذا في ب . وفي الأصل و ا و ح : « المديون » .

(٤) « منها » من ب .

(٥) في ب : « وصالحه » .

(٦) في ا و ح : « قيل : قال » . وفي ب : « وقيل: قال » .

(٧) « اليوم » ليست في ب .

(٨) « عن الألف » ليست في ا و ب و ح .

وحاصل هذا ـ أن عندهما : هذا[١] الكلام ، فى موضع الإجماع ، وهو الفصل الثانى[٢] ، ليس تعليق[٣] البراءة عن خمسمائة بشرط تعجيل خمسمائة ، لأن الألف كلها معجلة بحكم عقد المداينة . فلا[٤] معنى لاشتراطه وهو ثابت ، ولأن تعليق البراءة بالشرط لا يجوز ، لأنه تمليك من وجه حتى يرتد بالرد ، وهذا[٥] الكلام صحيح بالإجماع ، ولكنه حط وإبراء عن الخمسمائة للحال ، وتعليق فسخ البراءة بترك التعجيل فى اليوم ، وتعليق الفسخ بالشرط[٦] جائز[٧] ، فإن من قال لغيره : « أبيعك[٨] هذا العبد بألف درهم على أن تعجلها اليوم ، فإن لم تعجلها فلا بيع بيننا » ـ <ف> إن البيع جائز ، وجعل ترك التعجيل شرطا فى الفسخ ، فكذا هذا ـ وهذا المعنى موجود فى فصل الخلاف[٩] .

وعند أبى يوسف : هذا تعليق البراءة بشرط التعجيل ، والبراءة لا يصح تعليقها بالشروط ـ وجه[١٠] قول أبى يوسف أنه صالح على عوض بشرط تعجيله ، فإذا لم يوجد الوفاء ، بالتعجيل ، لم ينفسخ العقد بدون شرط

---

(١) « أن عندهما هذا » ليست فى ب .

(٢) راجع الفقرة الأخيرة من الصفحة السابقة .

(٣) فى ب : « بتعليق » .

(٤) فى حـ : « ولا » .

(٥) فى ا و ب و حـ : « فلهذا » .

(٦) « بالشرط » ليست فى ب .

(٧) « جائز » ليست فى حـ .

(٨) فى ب كذا : « ابعتك » .

(٩) راجع الفقرة الأولى من الصفحة السابقة . وانظر الهامش ١ من الصفحة المقبلة .

(١٠) « وعند أبى يوسف : هذا ... وجه » ليست فى ب .

الفسخ صريحا ، ولم يوجد ، فبقى الحط صحيحا ، كما إذا قال : «بعتك هذا العبد بألف على أن تعجلها اليوم»[١] . بخلاف الفصل المجمع عليه ، لأن ذلك صالح على[٢] خمسمائة للحال ، وجعل ترك التعجيل شرطاً للفسخ ـ عرفنا ذلك بالتنصيص على ذلك الشرط[٣] .

ـــ ولو صالح على أن « يعطيه خمسمائة إلى شهر على أن يحط عنه[٤] خمسمائة الساعة ، فإن لم يعطه إلى شهر ، فعليه الألف » ـ فهو صحيح ، لأن هذا إبراء للحال ، وتعليق لفسخ[٥] الإبراء بالشرط .

وعلى هذا الكفالة : إذا أخذ منه كفيلا بألف درهم ، فصالح معه

---

(١) « وجه قول ... تعجلها اليوم » من ا و ب و ﺣ . ولكن في ب كذا : « ابعتك ... يعجلها اليوم » . راجع في ذلك الكاساني (٦ : ٤٤ : ٢٠) « وجه قوله (قول أبي يوسف) أن شرط التعجيل ما أفاده شيئا لم يكن من قبل لأن التعجيل كان واجبا عليه بحكم العقد فكان ذكره والسكوت عنه بمنزلة واحدة ولو سكت عنه لكان الأمر على ماوصفنا فكذا هذا ، بخلاف ما إذا قال « فإن لم تفعل فكذا » لأن التنصيص على عدم الشرط نفي المشروط عند عدمه، فكان مفيدا ـ وجه قولهما أن شرط التعجيل في هذه الصورة شرط انفساخ العقد عند عدمه بدلالة حال تصرف العاقل لأن العاقل يقصد بتصرفه الإفادة دون اللغو والعبث ولو حمل المذكور على ظاهر شرط التعجيل لغا لأن التعجيل ثابت بدونه فيجعل ذكر شرط التعجيل ظاهرا ، شرطا لانفساخ العقد عند عدم التعجيل فصار كأنه نص على هذا الشرط فقال « فإن لم تعجل فلا صلح بيننا » ولو كان كذلك لكان الأمر على ما نص عليه ، فكذا هذا . وتبين بهذا أن هذا تعليق الفسخ بالشرط لا تعليق العقد كما إذا باع بألف على أن ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فإن لم ينقده فلا بيع بينهما وذلك جائز لدخول الشرط على الفسخ لا على العقد ـ فكذا هذا » . راجع أيضا المرغيناني ، الهداية ، وشروحها (٧ : ٤٢ وما بعدها) .

(٢) في ا و ﺣ : « فإن ذلك صالح عن » . راجع ص ٤٣٦ .

(٣) في ب : « عرفنا بالتنصيص على الشرط » . راجع فيما تقدم الهامش ١ .

(٤) في ب : « منها » .

(٥) هكذا في ا و ب و ﺣ . وفي الأصل : « فسخ » .

على أن يحط خمسمائة[1] وشرط على الكفيل[2] < ذلك > إن أوفاه[3] خمسمائة إلى شهر ، فإن لم يوفه خمسمائة[4] إلى رأس الشهر ، فعليه الألف : فهو[5] جائز ، والألف على الكفيل إن[6] لم يوفه ، لما قلنا .

ولو ضمن الكفيل الألف مطلقاً ، ثم قال : «عنك حططت[7] خمسمائة على أن توفيني رأس الشهر خمسمائة ، فإن لم توفني فالألف عليك» ـ فهذا صحيح ، وهو أوثق من الأول .

— ولو قال لمن عليه[8] الألف : «متى ما أديت إليّ خمسمائة فأنت تبرأ عن الباقي»[9] ـ فإن هذا لا يصح ، ويبقى عليه الألف[10] ، لأن هذا تعليق البراءة بالشرط[11] .

---

(١) في ب : «على أن يعطيه خمسمائة» .

(٢) «وشرط على الكفيل» ليست في ا و ب و حـ . وفي ب تكرار هنا إذ فيها : «على أن يعطيه خمسمائة إلى شهر فإن لم يوفه خمسمائة إلى رأس الشهر فعليه الألف فهو صحيح لأن هذا إبراء للحال ...» . وفي الكاساني (٦ : ٤٤ : ٢٩) : «وكذلك لو أخذ منه كفيلا وشرط على الكفيل أنه لن لم يوفه خمسمائة إلى رأس الشهر فعليه كل المال وهو الألف ، فهو جائز ، والألف لازمة للكفيل لن لم يوفه» .

(٣) في ب : «إذا أوفاه» وفي ا : «إذا أداه» . وفي حـ : «إذا أدى» .

(٤) هكذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : «إلى خمسمائة» .

(٥) هكذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : «وهو» .

(٦) في ب : «وإن» .

(٧) هكذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل كذا : «عنك حططتك على» . وفي ا و حـ : «قد حططت عنك» . وفي ب : «حططت عنك» .

(٨) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : «ولو قال : لي عليك الألف» .

(٩) في ا و ب و حـ : «متى أديت إلى خمسمائة فأنت بريء من الباقي» .

(١٠) «الألف» ساقطة من حـ .

(١١) وهو لا يجوز ـ راجع ص ٤٣٧ ـ ٤٣٨ .

- وكذلك إذا [1] قال: «صالحتك على أنك متى ما[2] أديت إليّ خمسمائة فأنت برىء من خمسمائة[3]» - لا يصح، لما قلنا.

- وكذا من قال هذه المقالة لمكاتبه: «إذا أديت إليّ خمسمائة فأنت برىء من باقي الكتابة»[4]، لما قلنا.

ولو قال له[5]: «إن أديت إليّ خمسمائة فأنت حر»، والبدل ألف - يصح، ويبرأ، لأن هذا تعليق العتق[6]، وتثبت البراءة حكما.

ومنها:

المشترى إذا وجد بالمبيع عيبا، فصالحه البائع من العيب، على شيء دفعه إليه[7]، أو حط عنه من ثمنه شيئاً: فإن كان المبيع مما[8] يجوز رده على البائع، أو كان له حق المطالبة بأرشه دون رده: فالصلح جائز، لأن هذا صلح[9] عن حقه. وإن لم يكن له حق الرد[10] ولا أخذ

---

(١) في ا و حـ: «او».

(٢) «ما» ليست فى ا و ب و حـ.

(٣) في ب: «الخمسمائة».

(٤) «لا يصح لما... باقي الكتابة» من ا و ب و حـ. وعلى هامش الأصل بقايا من بعض كلمات هذه العبارة.

(٥) «له» من ا و ب و حـ.

(٦) «العتق» ليست فى ا و حـ.

(٧) «إليه» من ا و حـ.

(٨) فى ب: «البيع». و«مما» من ا و ب و حـ.

(٩) «صلح» ليست فى ا و حـ.

(١٠) «الرد» ليست فى حـ.

الأرش : لا يجوز الصلح ، لأن هذا أخذ مال ، لا بمقابلة[١] شيء ، فلا يجوز .

وهذا إذا كان بيعا ، يجوز فيه التفاضل .

وأما إذا كان في بيع الربا : < ف > لا يجوز لأنه يؤدي إلى الزيادة ، وهو ربا ، فلا يجوز[٢] .

وفي الموضع الذي جاز ـ إذا[٣] زال العيب ، بأن انجلى البياض : يبطل الصلح ، ويأخذ البائع ما أدى ، لأنه زال حقه .

ولو صالح عن[٤] عيب قائم ، وعن كل عيب[٥] ـ يجوز .

ولو لم يجد[٦] به عيباً ، وصالح ، مع هذا ، عن كل عيب : جاز ، لوجود سبب الحق .

ولو صالح عن عيب خاص ، كالعمى ونحوه ـ يجوز ، لأنه لما جاز[٧] عن كل عيب ، جاز عن الواحد[٨] .

---

(١) في ا و حـ : « لا يقابله » . وفي ب : « لا بمقابلته » .
(٢) « لأنه يؤدي ... فلا يجوز » من ا و ب و حـ .
(٣) « إذا » من ا و ب و حـ . وفي الأصل : « ثم زال » . وفي ب : « وفي المواضع ... ثم إذا » .
(٤) في ب : « على » .
(٥) في ا و حـ : « كل عيب قائم » .
(٦) في ب : « يجوز ولم يوجد » .
(٧) في حـ : « لما عين عن » . وفي ا : « لما صالحه عن » .
(٨) في ب : « عن كل عيب يجوز : جاز عن الواحد ـ والله أعلم » .

كتاب

المزارعة [1]

فى الكتاب [2] فصلان : فصل فى المزارعة ، وفصل في المعاملات [3].

ونحتاج إلى :

تفسيرهما في عرف اللغة والشرع ،

وإلى بيان [4] مشروعيتهما ،

وإلى بيان أنواع المزارعة ،

وإلى بيان شرائط المزارعة : المصححة [5] منها والمفسدة ،

وإلى بيان المعانى التى تجعل عذرا فى فسخ المزارعة ، والامتناع منها بعد الشروع فيها .

أما الأول - فنقول :

المزارعة عبارة عن عقد الزراعة ، ببعض الخارج . وهو إجارة الأرض ، أو العامل [6] ، ببعض الخارج .

---

(١) عبارة : « كتاب المزارعة » ساقطة فى ب .

(٢) فى ا و ح : « قال رحمه الله : في الكتاب ... » .

(٣) فى ا و ب و ح : « في المعاملة » . والمعاملة هى المساقاة وسيأتى تعريفها فى المتن قريبا .

(٤) « بيان » من ا و ب و ح .

(٥) فى ا و ح : « الصحيحة » .

(٦) في ب : « والعامل » . وفى ح : « أو العامل » .

وأما إجارتهما بالدراهم والدنانير فى الذمة ، أو معينة ، فلا يكون عقد مزارعة[(١)] بل سمى[(٢)] إجارة ، وقد ذكرنا فى كتاب الإجارة .

وكذا **المعاملة** : هو إجارة العامل ، ليعمل فى كرمه وأشجاره ، من السقى والحفظ ، ببعض الخارج .

وأما بيان المشروعية :

فقال[(٣)] أبو حنيفة : كلتاهما فاسدتان غير مشروعتين[(٤)] .

وقال أبو يوسف ومحمد : كلتاهما مشروعتان .

وقال الشافعى : المعاملة مشروعة ، دون المزارعة ـ وهى معروفة فى الخلافيات[(٥)] .

وأما بيان أنواع المزارعة :

ذكر فى الكتاب[(٦)] وقال : المزارعة أنواع أربعة . وهى كذلك فى الظاهر ، لكن يتفرع منها أنواع[(٧)] أخر ، ومعرفة ذلك مبنية على معرفة[(٨)] **أصول** :

---

(١) هكذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « المزارعة » .

(٢) فى ا و ب و حـ : « يسمى » .

(٣) الفاء من ا و ب و حـ .

(٤) فى ب : « كلاهما فاسد غير مشروعين » .

(٥) فى ب : « فى المختلف » .

(٦) فى ا : « فى كتاب المزارعة » . ولعله يقصد « الأصل » لمحمد بن الحسن . وفى مختصر القدوري (شرح الميدانى عليه ، ٢ : ١١٠) : « وهى عندهما على أربعة أوجه » ـ وانظر فيما بعد ص ٦ : والهامش ٥ منها .

(٧) « وهى ... أنواع » ساقطة من ب . وفى ا و حـ : « وهى كذلك فى الظاهر لكن يتفرع أخر » .

(٨) « معرفة » من ا و ب و حـ .

منها ـ أن المزارعة فيها معنى الإجارة والشركة ـ لأنها إما إجارة الأرض ، أو العامل ، ببعض الخارج : إن كان البذر من قبل[1] صاحب الأرض : فهو مستأجر العامل[2] ليعمل له فى أرضه ، بما يعطيه من العوض ، وهو بعض الخارج الذى هو نماء ملكه وهو البذر . وإن كان البذر من العامل : فهو مستأجر الأرض ، ليزرعها ، ببعض الخارج ، الذى هو نماء ملكه وهو البذر[3] .

ومنها أيضاً ـ معنى الشركة بين[4] المتعاقدين ، لكون الخارج مشتركا ، بينهما ، على قدر ما سميا فى العقد .

إذا ثبت هذا فنقول :

قد جاء الشرع بجواز المزارعة ببعض الخارج إذا كان عوضاً عن منفعة[5] الأرض ، أو عن منفعة العامل ، بخلاف القياس ، لحاجة الناس ، لأن الأجرة معدومة مجهولة ، فمتى كان العقد على هذا الوجه : يكون مزارعة صحيحة ، وإلا فيكون مزارعة فاسدة .

. . .

وأصل آخر ـ وهو أن صاحب البذر يستحق الخارج[6] بسبب أنه

---

(١) « قبل » من ب .

(٢) هكذا فى ب . وفى ا و ح : « العامل » . وفى الأصل : « للعمل » .

(٣) « وإن كان البذر من العامل ... وهو البذر » ساقطة من ب .

(٤) فى ا و ح : « من » .

(٥) « منفعة » ليست فى ا و ب و ح .

(٦) « الخارج » ساقطة من ا و ح .

نماء ملكه ، لا[١] بالإجارة ، والذى ليس بصاحب البذر يستحق الخارج بالشرط ، وهو عقد المزارعة ـ فإن العقد إذا كان صحيحاً يجب البدل المسمى ، وإذا كان فاسدا لا يستحق البدل المسمى ولكن[٢] يجب أجر المثل بمقابلة منفعة الأرض ، أو منفعة العامل ، لأنه لم يرض ببذل المنفعة من غير عوض . لكن عند محمد : يجب أجر المثل بالغاً مابلغ ، وعند أبي يوسف : مقدرا بقيمة الخارج المسمى ـ ذكر الخلاف فى كتاب الشركة ـ ويكون[٣] الخارج كله لصاحب البذر[٤] لأنه نماء ملكه . ثم إذا كان البذر من صاحب الأرض ، يكون الزرع كله له ، طيبا ، ولا يتصدق بشئ ، لأنه نماء ملكه ، وقد حصل فى[٥] أرضه . وإن كان البذر من العامل فإن الخارج ، بقدر بذره وبقدر ما غرم من[٦] أجر مثل الأرض والمؤن ، يطيب له[٧] ، لأنه أدى عوضه ، ويتصدق بالفضل على ذلك ، لأنه ـ وإن تولد من بذره ـ لكن فى أرض[٨] غيره ، بعقد فاسد ، فأورث[٩] شبهة الخبث .

---

(١) « لا » ليست فى ب .

(٢) « لايستحق ... ولكن » من ا و ب و ح .

(٣) فى ا : « يكون » .

(٤) فى ا و ح : « لصاحب الأرض » .

(٥) فى ا و ح : « من » .

(٦) « ما غرم من » ليست فى ا و ح .

(٧) فى ا و ح زاد هنا : « الخارج » .

(٨) فى ا : « لكن زرع أرض » . وفى ح : « ولكن زرع أرض غيره » .

(٩) هكذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « فأوجب » .

منها ـ أن المزارعة فيها معنى الإجارة والشركة ـ لأنها إما إجارة الأرض ، أو العامل ، ببعض الخارج : إن كان البذر من قبل[1] صاحب الأرض : فهو مستأجر العامل[2] ليعمل له فى أرضه ، بما يعطيه من العوض ، وهو بعض الخارج الذى هو نماء ملكه وهو البذر . وإن كان البذر من العامل : فهو مستأجر الأرض ، ليزرعها ، ببعض الخارج ، الذى هو نماء ملكه وهو البذر[3] .

ومنها أيضاً ـ معنى الشركة بين[4] المتعاقدين ، لكون الخارج مشتركا ، بينهما ، على قدر ماسميا فى العقد .

إذا ثبت هذا فنقول :

قد جاء الشرع بجواز المزارعة ببعض الخارج إذا كان عوضاً عن منفعة[5] الأرض ، أو عن منفعة العامل ، بخلاف القياس ، لحاجة الناس ، لأن الأجرة معدومة مجهولة ، فمتى كان العقد على هذا الوجه : يكون مزارعة صحيحة ، وإلا فيكون مزارعة فاسدة .

• • •

وأصل آخر ـ وهو أن صاحب البذر يستحق الخارج[6] بسبب أنه

---

(١) « قبل » من ب .

(٢) هكذا فى ب . وفى ا و حـ : « للعامل » . وفى الأصل : « للعمل » .

(٣) « وإن كان البذر من العامل ... وهو البذر » ساقطة من ب .

(٤) فى ا و حـ : « من » .

(٥) « منفعة » ليست فى ا و ب و حـ .

(٦) « الخارج » ساقطة من ا و حـ .

نماء ملكه ، لا[١] بالإجارة ، والذى ليس بصاحب البذر يستحق الخارج بالشرط ، وهو عقد المزارعة — فإن العقد إذا كان صحيحاً يجب البدل المسمى ، وإذا كان فاسدا لا يستحق البدل المسمى ولكن[٢] يجب أجر المثل بمقابلة منفعة الأرض ، أو منفعة العامل ، لأنه لم يرض ببذل المنفعة من غير عوض . لكن عند محمد : يجب أجر المثل بالغاً مابلغ ، وعند أبي يوسف : مقدرا بقيمة الخارج المسمى — ذكر الخلاف فى كتاب الشركة — ويكون[٣] الخارج كله لصاحب البذر[٤] لأنه نماء ملكه . ثم إذا كان البذر من صاحب الأرض ، يكون الزرع كله له ، طيبا ، ولا يتصدق بشىء ، لأنه نماء ملكه ، وقد حصل فى[٥] أرضه . وإن كان البذر من العامل فإن الخارج ، بقدر بذره وبقدر ما غرم من[٦] أجر مثل الأرض والمؤن ، يطيب له[٧] ، لأنه أدى عوضه ، ويتصدق بالفضل على ذلك ، لأنه — وإن تولد من بذره — لكن فى أرض[٨] غيره ، بعقد فاسد ، فأورث[٩] شبهة الخبث .

---

(١) « لا » ليست فى ب .
(٢) « لا يستحق ... ولكن » من ا و ب و ح .
(٣) فى ا : « يكون » .
(٤) فى ا و ح : « لصاحب الأرض » .
(٥) فى ا و ح : « من » .
(٦) « ما غرم من » ليست فى ا و ح .
(٧) فى ا و ح زاد هنا : « الخارج » .
(٨) فى ا : « لكن زرع أرض » . وفى ح : « ولكن زرع أرض غيره » .
(٩) هكذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « فأوجب » .

وعلى هذا قالوا - فى المزارعة الصحيحة : إذا لم تخرج الأرض شيئاً لا يجب على واحد منهما لا أجر العمل[(١)] ولا أجر الأرض ، لأن الواجب هو الخارج ، لكون[(٢)] التسمية صحيحة ، فتقومت[(٣)] المنافع بهذا البدل ، فمتى لم يوجد بقيت المنافع على الأصل ، وهى غير متقومة.

وفى المزارعة الفاسدة : يجب أجر المثل وإن لم تخرج الأرض[(٤)] شيئاً ، لأن المنافع تتقوم ههنا بأجر المثل ، ففوت الخارج لا يمنع من وجوبه .

. . .

إذا ثبت هذا فنقول :

ذكر فى الكتاب[(٥)] وقال : المزارعة أنواع أربعة ، وهى فى الظاهر كذلك ، ولكن يتفرع منها أنواع أخر .

أما بيان الأربعة :

ـــ أن يكون الأرض والبذر من رب الأرض ، والبقر والعمل وآلاته من العامل .

ـــ أو يكون الأرض والبقر والبذر من رب الأرض ، والعمل من العامل لا غير .

---

(١) فى ا و ح : « إلا أجر العامل » .

(٢) فى ا : « لكن » .

(٣) فى ا و ح : « فقومت » .

(٤) « الأرض » من ا و ح . وفى ح : « ولئن تخرج الأرض » فليس فيها : « لم » .

(٥) راجع فيما تقدم ص ٤٤٣ والهامش ٦ منها .

ـ أو تكون الأرض وحدها[١] من صاحب الأرض ، والباقى كله[٢] من العامل .

ـ أو تكون الأرض والبقر من صاحب الأرض ، والبذر والعمل من العامل .

ففى الثلاثة الأولى ـ المزارعة صحيحة ، لأن فى الفصل[٣] الأول صاحب الأرض مستأجر للعمل[٤] ، والبقر آلة العمل ، فيكون تبعاً له[٥] ، فلا تكون الأجرة بمقابلة البقر ، كمن[٦] استأجر خياطا ليخيط بآلته[٧] : يجوز .

وفى الفصل الثانى : صاحب الأرض مستأجر للعامل أيضا وحده .

وفى الفصل الثالث : يكون العامل مستأجراً للأرض وحدها[٨] .

وقد ذكرنا أن استئجار الأرض وحدها ، واستئجار العامل ببعض الخارج وحده[٩] ـ يكون مزارعة صحيحة ، لورود الحديث فيه مخالفا للقياس .

وفى الفصل الرابع ـ لا يجوز ، لأنه يصير صاحب البذر ، وهو العامل ،

---

(١) « وحدها » ليست فى ا و حـ .
(٢) « كله » ليست فى حـ .
(٣) « الفصل » من ا و ب و حـ .
(٤) فى ا و حـ : « للعامل » .
(٥) « له » ليست في ب .
(٦) فى ب : « فمن » .
(٧) هكذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « بالإبرة » .
(٨) في ا و حـ : « وحده » .
(٩) فى ا و ب و حـ : « واستئجار العامل وحده ببعض الخارج » .

مستأجرا للأرض والبقر، ببعض الخارج، فيكون البعض بمقابلة[1] البقر مقصودا، ولم يرد الشرع به، فبقى على أصل القياس.

وروى عن أبي يوسف فى الأمالى أنها جائزة.

. . .

وأما ما يتفرع منها:

ـــ الاستئجار بالبذر: وهو أن يدفع الرجل بذرا إلى رجل، ليزرعه فى أرضه، ببقره، بنصف أو بثلث ـ فالمزارعة فاسدة، لما قلنا إنه يصير مستأجراً الأرض والعامل جميعا[2]، ولم يرد الشرع به[3].

وروى عن أبي يوسف أنها جائزة.

ــ ومنها: أن يشترك أربعة: من أحدهم الأرض، ومن الآخر البذر، ومن الثالث البقر، ومن الرابع العمل ـ فهى فاسدة. وفى عين[4] هذه الحادثة ورد الأثر بالفساد.

ـ ولو شرط عمل[5] صاحب الأرض مع العامل[6]: لا يجوز، لأنه

---

(١) فى ا و حـ: «فيكون مقابلة».

(٢) فى حـ: «مستأجر الأرض والبقر والعامل جميعا». وفى ا: «مستأجرا للأرض والبقر والعمل جميعا».

(٣) «به» ساقطة من حـ.

(٤) «عين» من الكاسانى. وفى الأصل و ا و ب و حـ كذا: «غير» ـ راجع الكاسانى ٦: ١٧٩ : السطر الأسفل ـ ١٨٠: «فإنه روى أن أربعة نفر اشتركوا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم على هذا الوجه فأبطل رسول الله صلى الله عليه وسلم مزارعتهم».

(٥) في ا و حـ: «ولو كان شرط العمل». وفى ب: «ولو كان شرط عمل».

(٦) «مع العامل» من ا و ب و حـ.

لم يوجد تخلية الأرض ، ويجب أجر المثل فيما إذا كان البذر من العامل ، ويجب أجر مثل عمل العامل إذا كان البذر من صاحب الأرض[١] .

ولو شرط عمل عبد صاحب الأرض على أن يكون الخارج أثلاثا : ثلثه لصاحب الأرض ، وثلثه لعبده ، وثلثه للعامل - إن كان البذر من صاحب الأرض : جاز ، لأنه مستأجر للعامل ، فيكون العبد[٢] معينا له ، ويكون نصيب العبد لصاحبه . وإن كان البذر من العامل : لا يجوز ، ويكون الخارج لصاحب البذر ، وعليه أجر مثل الأرض[٣] والعبد ، وكذا أجر البقر إن كان من صاحب الأرض أيضا[٤] .

ولو شرط عمل رجل أجنبي مع العامل ، على أن الخارج يكون أثلاثا : < ف > إن كان البذر من العامل : لا يجوز في حق العامل الثاني ، ويجوز فيما بين صاحب الأرض والعامل الأول[٥] - فيكون[٦] الثلث لصاحب الأرض ، والثلثان للعامل الأول ، وللعامل الثاني أجر المثل[٧] .
وإن كان البذر من صاحب الأرض : جاز - ويكون الثلث له ، ولكل عامل الثلث ، لأنه يصير مستأجرا للعاملين ، وهذا جائز .

---

(١) « ويجب أجر مثل عمل العامل ... الأرض » من ا و ب و حـ .
(٢) « العبد » من ا و ب و حـ . وفي ا و ب : « ويكون العبد » .
(٣) في ب : « وعليه مثل أجر الأرض » .
(٤) « وكذا ... أيضا » من ا و ب و حـ . وفي الأصل بدلا منها : « والبقر » .
(٥) « والعامل الأول » ساقطة من ا و حـ . و « الأول » ساقطة من ب .
(٦) في ا و حـ : « ويكون » .
(٧) في ا و حـ : « أجر مثل عمله » .

وأما شرائط الصحة والفساد

فمن شرائط الصحة — بيان المدة : سنة أو أكثر — وهذا جواب ظاهر الرواية .

وعن محمد بن سلمة[١] أنه قال : هذا[٢] فى بلادهم ، لأن وقت الزراعة[٣] متفاوت ، فيصير ابتداء الزراعة[٤] مجهولا ، أما فى بلادنا < ف > يجب أن يجوز ، لأن وقته[٥] معلوم ، فصار كالمعاملة ، ويقع على أول زرع يخرج .

وأما فى المعاملة — < ف > القياس أن يشترط بيان المدة ، وفى الاستحسان أنه[٦] يقع على[٧] أول ثمر يخرج[٨] ، فإذا انتهى الثمر انتهى العقد .

فأما فى الرطاب — فإذا[٩] دفع الأرض ليزرع الرطاب ودفع بذرها ،

---

(١) هو أبو عبد الله محمد بن سلمة الفقيه — تفقه على أبى سليمان الجوزجانى وتفقه عليه أبوبكر محمد بن أحمد الإسكاف وهو شيخ أحمد بن أبى عمران أستاذ الطحاوى . ومات سنة ٢٧٨ وهو ابن سبع وثمانين سنة (الجواهر المضيئة ، ٢ : ٥٦) . راجع الهامش ٩ ، ص ١٩ م ، ١٠١ .

(٢) « هذا » ساقطة من ا و حـ .

(٣) و (٤) فى ب :« المزارعة » .

(٥) فى ا و حـ : « وقتها » . وفى ا كذا : « لا وقتها » .

(٦) « أنه » من ا و حـ .

(٧) « على » ليست فى حـ .

(٨) فى ب و حـ : « ثمرة تخرج » . وفى ا : «الثمرة تخرج » .

(٩) الفاء من ا .

أو دفع أرضا فيها أصول رطبة نابتة ، ولم يسم المدة : < ف > إن كان شيئاً ليس لابتداء نباته[١] ، ولا لانتهاء جزه ، وقت معلوم : لا يجوز . فأما إذا كان وقت جزه[٢] معلوما : فإنه[٣] يجوز ، ويقع على وقت[٤] جزة واحدة ، كما فى الشجرة المثمرة[٥] .

ولو[٦] دفع إليه نخلا فيها طلع[٧] وبُسْر[٨] أحمر أو أصفر أو أخضر[٩] : فإنه يجوز ، وإن لم يبين الوقت ، لأن وقت إدراكه معلوم . ولو دفع إليه[١٠] البُسْر وقد[١١] تناهى عظمه ، لكن لم يصر[١٢] رطبا بعد ـ لا يجوز ، لأنه لم يبق للعامل عمل يحصل به الثمر[١٣] .

---

(١) فى ا و حـ : « لنباته » .

(٢) فى حـ : « وقته معلوما » .

(٣) « فإنه » من ا و ب و حـ .

(٤) « وقت » من ا و حـ .

(٥) فى ا و حـ : « فى الشجر المثمر » . وراجع الصفحة السابقة .

(٦) فى ا و حـ : « أو » . وفى ب : « إذا دفع إليها النخل » .

(٧) الطلع ما يطلع من النخلة وهو الكم قبل أن ينشق . ويقال لما يبدو من الكم : طلع أيضا . وهو شيء أبيض يشبه بلونه الأسنان وبرائحته المني . وأطلع النخل خرج طلعه (المغرب) .

(٨) فى ا و ب و حـ : « أو بسر » ـ والبُسْر التمر إذا لون ولم ينضج (المنجد) . أوله طلع ثم خلال ثم بلح ثم بُسْر ثم رُطب ثم تمر ـ الواحدة بُسْرة وبُسُرة والجمع بُسُرات (النووى ، التهذيب) .

(٩) « أو أخضر » من ا و ب و حـ . وليس في ب : « أو أصفر » .

(١٠) « إليه » من ا و حـ .

(١١) « قد » من ا . وفى ب : « دفع والبسر قد » . وانظر الهامش التالي .

(١٢) « البسر ... لم يصر » ليست فى حـ وموضعها فيها بياض .

(١٣) في ب و حـ : « النمو » . وفى ا كذا : « الثمن » .

وكذا الجواب فى دفع الزرع مزارعة[١]: إن كان بقلا لم يَستَحْصِد: جاز ، وإن استحصد : لا يجوز ، لما قلنا .

ومنها - إذا شرط[٢] على العامل[٣] شرطا يبقى منفعته إلى السنة الثانية، وقد دفع الأرض مزارعة سنة[٤] ، كحفر الأنهار الصغار[٥] والآبار[٦] ووضع المُسَنّاة[٧] : تفسد المزارعة ، وإن كان فى موضع لا يبقى: يجوز .

وعلى هذا - إذا شرط[٨] الكراب[٩] : لا تفسد، لأنه لا[١٠] تبقى منفعته فى السنة الثانية[١١]، وإن شرط الثنيان[١٢]: تفسد[١٣] - <و> بعضهم قالوا: أراد به تثنية الكراب مرتين ومرارا ، وهذا تبقى منفعته فى[١٤] السنة الثانية . ومنهم من قال : أراد به أن تثنى الكراب[١٥] بعد انقضاء مدة[١٦]

---

(١) فى ا و حـ : « وكذا الجواب فى جواب الزرع مزارعة » . وفى ب : « وكذا الجواب فى دفع المزارع مرة » .

(٢) « ومنها » ليست فى ا وفيها : « وأما إذا شرط » .

(٣) « على العامل » من ب .

(٤) « سنة » من ا و ب و حـ .

(٥) « الصغار » من ا و ب و حـ .

(٦) « والآبار » ليست فى ب .

(٧) المُسَنّاة حائط يبنى فى وجه الماء ويسمى السد (المصباح) .

(٨) في ب : « شرطا » . وفى حـ : « اشترط » .

(٩) كرب الأرض كرابا قلبها للحرث (المغرب) .

(١٠) « لا » ليست فى ا و حـ .

(١١) « الثانية » ليست فى ب .

(١٢) كذا في ب . وفى الأصل : « الثنتان » . وفى ا و حـ : « الثنات » . وفى الكاسانى (٦: ١٨١: ٢١ - ٣٣) : « التثنية » و « الثنيان » . وانظر فيما بعد ص ٤٥٣ ففيها : « وثنيان » .

(١٣) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « يفسد » .

(١٤) فى ب : « إلى » .

(١٥) « مرتين ومرارا .. الكراب » ليست فى ا و حـ .

(١٦) « مدة » من ا و ب و حـ .

المزارعة[١]، حتى يرد الأرض مكروبة إلى صاحبها ، وهو شرط مفسد .

ثم شرط الكراب إذا لم يكن مفسدا - هل يلزم المزارع[٢] ؟

فنقول : يلزم بالشرط ، لأنه سبب لزيادة الغلة ، فصار كمن اشترى جارية على أنها خبازة أو كاتبة - فيجبر[٣] على الكراب لو امتنع .

ولو عقد المزارعة مطلقا ، هل يجب الكراب على العامل ؟ إن كان بحال يخرج الأرض زرعا معتادا من غير كراب : لا يلزمه[٤] ، وإن كان لا يخرج زرعا معتادا : فإنه يجبر عليه ، وإن كان يخرج شيئا قليلا ، لأنه وجب عليه مطلق عمل الزراعة[٥] ، فيقع على أدنى عمل[٦] معتاد ، فأما غير المعتاد من الزرع القليل: < ف > لا عبرة به .

وكذا السقي: يجب عليه إذا كان لا يخرج زرعا معتادا بماء السماء وحده.

ولو دفع على أنه : « إن زرع بكراب ، فله كذا . وإن ثنى[٧] فله كذا . وإن زرع بغير كراب وثنيان ، فكذا[٨] » - صح العقد ، فى ظاهر الرواية .

---

(١) فى ا و حـ : « الزراعة » .

(٢) فى ب : « هل تلزم المزارعة » .

(٣) فى ا و حـ : « فإنه يجبر » .

(٤) فى ا و حـ : « لا يلزم » .

(٥) فى ا و ب و حـ : « عمل المزارعة » .

(٦) فى حـ و ب : « على أداء عمل » .

(٧) فى ب كذا : « ولن بنى » . راجع الصفحة السابقة

(٨) فى ا و حـ : « وثنيات فله كذا » . راجع الكاسانى ، ٦ : ١٨١ : ٢٧ .

وكذا إذا قال: «إن[١] زرع حنطة فله كذا[٢]، وإن زرع شعيرا فله كذا[٣]» - فهو على هذا أيضا[٤].

ومنها - أن يشترط الحصاد، والدياس[٥]، والتذرية[٦]، والحمل إلى موضع البيدر[٧]: فهو شرط[٨] مفسد للعقد، في ظاهر الرواية، وروى عن أبي يوسف أنه شرط صحيح - وهو قول مشايخ[٩] خراسان.

وأما شرط الحمل، بعد القسمة، إلى منزل صاحب الأرض: فهو مفسد بالاتفاق.

ومنها - التخلية بين الأرض والمزارع: شرط الصحة، وقد ذكرنا.

• • •

وأما المعاني التي تجعل عذرا للفسخ، أو تجعل عذرا في الامتناع عن العمل أو حق أخذ الأرض[١٠] - فنقول:

إذا عقد عقد المزارعة، ثم أراد أحدهما الامتناع:

---

(١) «قال إن» من ا. ففي غيرها: «وكذا إذا زرع».

(٢) و(٣) هكذا في ا و حـ. وفي الأصل: «فكذا». وفي ب: «فله كذا...فكذا».

(٤) في ا و حـ: «فهو صحيح أيضا».

(٥) الدياس مثل الدِّرَاس (المصباح). وقد استعمل الفقهاء «الدياس» استعمال الدياسة، الدياسة في الطعام أن يوطأ بقوائم الدواب أو يكرر عليه المدوس حتى يصير تبنا (المغرب).

(٦) «والتذرية» من ا و ب و حـ.

(٧) بيدر الحنطة كومها. والبيدر هو الموضع الذي يجمع فيه الحصيد ويداس (المنجد).

(٨) «شرط» من ا و حـ. وفي ا: «فهو شرط فاسد للعقد».

(٩) «مشايخ» ساقطة من ب.

(١٠) «أو حق أخذ الأرض» من ا و ب و حـ.

< ف > إن كان صاحب البذر : له ذلك ، لأنه لا يمكنه الشروع ، إلا بعد إتلاف ملكه ، وهو البذر .

وإذا لم يكن صاحب البذر : ليس له ذلك ، إلا بعذر يفسخ[١] به العقد .

ولو مات أحدهما : < ف > للآخر أن يمتنع إن كان قبل الشروع .

وبعد الشروع : ينفسخ العقد ، عندنا ـ خلافا للشافعى ، على التفصيل الذى نذكر[٢] .

والأعذار الموجبة حق الفسخ[٣] ـ فى جانب صاحب الأرض هو الدين[٤] الذى لا وجه لقضائه إلا بثمن الأرض ، أو كون العامل جانيا[٥] .

وفى جانب العامل هو المرض الذى يعجزه عن العمل ، والسفر[٦] ، ونحو ذلك .

• • •

ثم إذا فسخ أو ترك العقد ، وقد عمل فيها العامل من الكراب ، وكرى السواقى ، ونحوها[٧] : فإنه لا يأخذ شيئا من صاحب الأرض ،

---

(١) فى ب : « ينفسخ » .

(٢) انظر الصفحة التالية والتى بعدها .

(٣) فى ا و حـ : « الموجبة للفسخ » .

(٤) « الدين » من ا و ب و حـ .

(٥) « أو كون العامل جانيا » هذه العبارة لم ترد فى الكاسانى (٦ : ١٨٤ : ٣ ـ ٥) ووردت فى ا و حـ فى آخر السطرين التاليين فى الأعذار الموجبه للفسخ فى جانب العامل . ففيها : « أو السفر أو كون العامل جانيا ونحو ذلك » . وانظر الهامش التالى .

(٦) هكذا فى ا و ب و حـ . والكاسانى (٦ : ١٨٤ : ٤) . وفى الأصل كذا : « والسقى » . ولكن فى ا و ب و حـ : « أو السفر » . وراجع الهامش السابق .

(٧) « ثم إذا فسخ ... السواقى ونحوها » ساقطة من حـ . وفى ا : « ثم إذا أراد فسخ وترك العقد وقد عمل فيها العامل من الكراب وكذا السواق ونحوها » .

لأنه لا قيمة للمنافع ، وهما قوماها بالخارج ، وقد بطل سبب الاستحقاق ، بالفسخ-لكن هذا فى الحكم ، أما فيما بينه وبين الله تعالى : < ف > عليه أن يرضي العامل بإعطاء عوض عمله .

. . .

ثم بيان كيفية الفسخ بموت أحد[1] العاقدين - فنقول :

إن مات رب الأرض، والزرع بقل[2]، وقد عقد المزارعة[3] ثلاث سنين[4] -فإنه يبقى العقد فى هذه السنة ،لهذا الزرع[5] ، وليس لورثة رب الأرض أخذ الأرض ، ولكن تترك الأرض فى يد المزارع حتى يستحصد ، فإذا استحصد[6] قسموه على شرطهم ،وتنتقض[7] المزارعة، فيما بقى من السنين ، وإنما بقينا العقد نظرا للجانبين شرعا .

ولو مات المزارع ، والزرع بقل : < ف > إن كان ورثة المزارع قالوا : « نحن نعمل » : < ف > ليس لصاحب الأرض أن يقلع . وتبقى المزارعة حكما[8] . فأما إذا قال ورثة المزارع : « نحن لا نعمل ،ولكن

---

(١) « أحد » من ا .

(٢) « والزرع بقل » من ب . وفى الكاسانى (٦ : ١٨٥ : ١١) : « ونبت الزرع وصار بقلا » .

(٣) هكذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل :« الزراعة » .

(٤) كذا فى ا :« المزارعة مدة سنين » .

(٥) « لهذا الزرع » من ا و ب و حـ .

(٦) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « استحصده » .

(٧) فى ب :« وتنقضى » . وفى حـ :« وينقض » .

(٨) فى ا و حـ : « ويبقى الزرع حكما » .

نقلع الزرع، والبقل بيننا » ـ لا يجبرون على العمل، ويقال لصاحب الأرض: « اقلع فيكون بينكم، أو[١] اعطهم قيمة حصتهم والزرع كله لك، أو[٢] أنفق على حصتهم وتكون نفقتك فى حصتهم ».

فأما إذا انقضت المدة[٣] من غير موت المزارعين، والزرع بقل ـ انتهى عقد المزارعة، ولكن الزرع مشترك بينهما[٤]، فيكون العمل عليهما إلى أن يستحصد. وعلى المزارع أجر مثل[٥] نصف[٦] الأرض.

وعلى هذا فى[٧] مدة الإجارة والعارية: إذا انقضت، والزرع بقل، فإنه يجب أجر مثل الأرض، ويترك الزرع حتى يستحصد، نظرا لهما ـ بخلاف الموت: فإنه ثمة لا يجب أجر مثل الأرض[٨]، لأن ثمة بقينا[٩] العقد حكما، ويكون العمل على العامل، لا عليهما.

وعلى هذا قالوا: إن الجمال[١٠] إذا مات فى بعض طريق مكة[١١]:

---

(١) فى ب: « و ».

(٢) الهمزة من ب و حـ.

(٣) « المدة » من ب. وفى الأصل و ا و حـ: « السنة ».

(٤) فى ب: « بينهم ».

(٥) « مثل » ليست فى ب.

(٦) « نصف » من ب. وكذا فى الكاسانى (٦: ١٨٤: ٣-٤ من أسفل): « وعلى المزارع أجر مثل نصف الأرض لصاحب الأرض ».

(٧) « فى » ليست فى ا و حـ. وفى ا: « وهذا مدة ».

(٨) « ويترك الزرع ... مثل الأرض » من ا و حـ. وفي ب: « ...يستحصد نظراً أيضا بخلاف الثوب فإن ... ».

(٩) في ب: « يبقى ».

(١٠) فى حـ: « الحمال ».

(١١) في ا و حـ: « في بعض الطريق ».

<ف> إن المستأجر يمضي إلى مكة بالمسمى ، لأنا بقينا العقد حكماً - كذا هذا .

وكذا إذا كان على صاحب الأرض دين فادح[١] ، وفي الأرض الزرع بقل : ليس له أن يبيع الأرض ، بل يبقى العقد[٢] إلى أن يستحصد ، لما قلنا[٣] .

---

(١) « فادح » ليست في ا .

(٢) « العقد » ليست في ب .

(٣) راجع الصفحة السابقة . وزاد في ب : « والله أعلم » .

كتاب

الإكـــــراه

الإكراه[1] نوعان :

نوع يوجب[2] الإلجاء والاضطرار : كالتخويف[3] بالقتل ، وقطع العضو ، والضرب المبرح[4] المتوالى الذى يخاف منه التلف .

ونوع لا يوجب: كالتخويف بالحبس ، والقيد ، والضرب اليسير .

. . .

و[5] الذى يقع عليه الإكراه ، من الفعل والترك ، إما إن كان من الأمور الحسية[6] أو من الأمور الشرعية .

أما إذا وقع الإكراه[7] على الفعل[8] الحسي[9] :

فهو أقسام ثلاثة ، فى حق الإباحة والرخصة والحرمة .

---

(١) فى ا و حـ : « قال رحمه الله: الإكراه » .

(٢) فى ب كذا : « يجب » .

(٣) فى ا كذا : « الانجا والاضطرار لتخويف بالقتل » . وفى حـ كذا : « الايجاء الاكراه والاضطرار كتخويف القتل » .

(٤) فى ب : « المتبرح » .

(٥) الواو من ا و حـ .

(٦) فى حـ كذا : « الحبسة » .

(٧) « من الفعل والترك ... وقع الإكراه » ساقطة من ب .

(٨) « ال » من ا و ب و حـ .

(٩) فى حـ كذا : « الحبسى » .

أما الذي يحتمل الإباحة ـ كشرب الخمر وأكل الميتة والخنزير :

فإن كان الإكراه بما[١] يوجب الاضطرار ، وهو القتل وقطع العضو ونحوه :

< ف > إن كان غالب[٢] حال المكره[٣] أنه يقتله لو لم يشرب : فإنه يباح له شربه وتناوله ، لأن هذا مما يباح عند الضرورة ، كما في حال[٤] المخمصة .

وإن كان غالب حاله أنه لا يقتله ، ولا يحقق ما[٥] أوعده[٦] ، أو كان التخويف بما[٧] ليس فيه خوف تلف النفس ، كالحبس ، والقيد ، والضرب اليسير : فإنه لا[٨] يباح الإقدام[٩] عليه[١٠] و[١١] لا يرخص[١٢] حتى يأثم بالإقدام عليه . لأنه يجب تقديم حق الله تعالى على حق نفسه[١٣] .

---

(١) كذا في ا و ب . وفي الأصل و ح : « مما » .

(٢) في ح : « غالبا » .

(٣) في ا و ب و ح : « المكره عليه » .

(٤) في ا : « في حالة » .

(٥) في ح : « بما » .

(٦) في ب : « أوعده به » .

(٧) في ح : « أو كان الوعيد بما » . وفي ب : « أو كان التوعيد مما » . وفي ا : « أو كان الذي أوعده ليس في وعيده خوف تلف النفس كالحبس ... » .

(٨) « لا » ليست في ا و ح .

(٩) في ب : « لا يباح له الإقدام » .

(١٠) « عليه » ليست في ا .

(١١) « و » ليست في ح .

(١٢) زاد هنا في ا و ح : « أيضا » .

(١٣) في ب : « على تقديم حق نفسه » .

و[١]فى الفصل الأول : يباح ـ حتى لو أقدم : لا إثم عليه[٢]. ولو لم يقدم حتى[٣] هلك : يأثم ، لأنه صار مهلكاً نفسه[٤] عن اختيار .

وأما الفصل الذي يرخص[٥] فيه ولا يسقط الحرمة ـ كما إذا أكره بالقتل[٦] على أن يجرى كلمة الكفر على لسانه ، أو على أن يشتم محمدا صلى الله عليه وسلم[٧] ، أو على أن يصلى إلى[٨] الصليب ـ فإنه لا يباح له ذلك ، ولكن يرخص له الفعل . وإن امتنع حتى قتل[٩] : كان مثاباً ثواب الجهاد ، لأن الحرمة لم تسقط ، بخلاف الفصل الأول .

وعلى هذا ـ لو أكره على إتلاف مال إنسان[١٠] ، بما فيه خوف التلف ، وغالب ظنه أنه يفعل ـ فإنه يرخص ، ولا يباح[١١] ، لأن حرمة مال[١٢] الغير لا تسقط لحقه[١٣] . ولكن[١٤] يرخص بالضمان ، كما فى حال[١٥] المخمصة .

---

(١) « و » ليست في حـ .
(٢) في ا و حـ : « لا يأثم عليه » .
(٣) في حـ : « ولو لم يقدم عليه حتى » .
(٤) في حـ : « لنفسه » .
(٥) في ب : « رخص » .
(٦) في ا و حـ : « بالقيد » .
(٧) « وسلم » من ا و ب و حـ .
(٨) في ا و حـ : « على » .
(٩) « قتل » ساقطة من ا و حـ وفي ا و ب و حـ : « ولو امتنع حتى قتل » .
(١٠) في ب : « مال مسلم » .
(١١) في حـ : « ولا يباح له » .
(١٢) في حـ كذا : « حرمة إلى » .
(١٣) في ب : « لا يسقط حقه » .
(١٤) في ا و حـ : « ولا يرخص » . وفي ا تكررت العبارة : « ولا يباح له لأن حرمة مال الغير لا تسقط لحقه ولا يرخص » مع زيادة « له » عند التكرار .
(١٥) في ب : « في حالة » .

وأما الفصل الثالث - < ف > لايباح ولا يرخص ، وإن كان يخاف القتل على نفسه ، كما إذا أكره بالقتل على أن يقتل فلانا المسلم[١] ، أو يقطع عضوه ، أو يضربه ضربا يخاف فيه[٢] التلف . وكذا في ضرب الوالدين على وجه يخاف منه[٣] التلف[٤] ، لأن القتل حرام محض ، وضرب الوالدين كذلك ، فلا يسقط ، لأجل حقه . ولو فعل : فإنه يأثم في الآخرة .

. . .

وأما أحكام الدنيا من القود والضمان - فنقول :

في الإكراه على إتلاف مال الغير : يجب الضمان، على المكره، بلا خلاف .

وأما في القتل خطأ ، وعمدا : < ف > يكون الحكم على المكره عند أبي حنيفة ومحمد ، ويصير[٥] المكره آلة[٦] ، ويصير قاتلا[٧] ، فيكون الحكم عليه . وعند أبي يوسف : تجب الدية على المكره ، ولا يجب القود أصلا . وعند الشافعي : يجب على المكره والمكره جميعا القود . وعند زفر : على المكره - والمسألة معروفة .

---

(١) « المسلم » ليست في ا و ح .

(٢) في ب : « منه » .

(٣) « منه » من ب .

(٤) « وكذا في ضرب الوالدين ... التلف » ليست في ا و ح .

(٥) في ح كذا : « ويصر » .

(٦) في ح : « آلة له » . وفي ب : « له آلة » .

(٧) في ب : « ويكون قاتلا » .

وكذا فى الإكراه على القطع: على هذا الخلاف.

هذا إذا لم يأذن المكره عليه، للمكره، على ما أكره.

أما إذا أذن له بقطع اليد، والقتل[1]: <ف> لا يباح للمكره ذلك، لأنه لا يباح[2] بالإباحة والإذن - ولكن فى القطع: لا يجب الضمان على أحد[3]، لوجود الإذن من جهته، وفى القتل: لا عبرة لإذنه، بل تجب الدية على المكره، كما لو لم يوجد الإذن[4] - هذا[5] جواب ظاهر الرواية - وفى رواية: لا[6] يجب.

. . .

ولو[7] أكره على الزنا، بالقتل - لا يباح، ولا يرخص للرجل، ويرخص للمرأة.

وكان أبو حنيفة يقول[8] أولا[9]: إنه لا يجب الحد، ثم رجع وقال: فإن[10] كان الإكراه[11] من السلطان[12]: لا يجب الحد،

---

(١) فى ا و حـ: «والقيد».

(٢) فى ب: «لا يباح له».

(٣) فى ب: «على الآخذ».

(٤) «من جهته وفي القتل ... الإذن» من ب. وفي ا و حـ: «من جهته وفي القتل لا عبرة لإذنه بل يجب عليه الدية كما لم يوجد الإذن».

(٥) في ب: «وهذا». وفى ا و حـ: «وهو».

(٦) «لا» من ا و ب و حـ. وفى ب: «أنه لا يجب».

(٧) فى ب: «وإن».

(٨) «يقول» ساقطة فى ا.

(٩) «أولا» من ب.

(١٠) في ب: «إن».

(١١) «الإكراه» من ا و ب و حـ.

(١٢) فى ا و حـ كذا: «وكان أبو حنيفة يقول: إنه لا يجب الحد ويجب العقر. ولان كان الإكراه من السلطان» - وانظر الهامش التالي.

ويجب العقر . وإن كان من غيره : يجب الحد .

وعندهما : لا يجب الحد ، ويجب العقر [١] ـ كيفما كان .

. . .

وأما الإكراه على الأمور [٢] الشرعية :

فنوعان في الأصل : إما إن ورد الإكراه على إنشاء التصرف ، أو على الإقرار [٣] به .

أما إذا ورد [٤] على الإنشاء :

فهو على وجهين :

إن كان تصرفا يحتمل الفسخ ، ويشترط فيه الرضا ، كالبيع والشراء والإجارة ونحوها ، والإكراه بأي طريق كان ـ فإنه يكون التصرف فاسدا : إن اتصل به التسليم : يفيد [٥] الملك ، وإلا فلا .

وعلى قول زفر : يكون موقوفا على إجازة المكره ـ والمسألة معروفة .

وهذا إذا باع [٦] أو اشترى بالثمن الذي أكره عليه .

فأما إذا باع بخلاف جنسه : ينفذ ، ويخرج عن الإكراه ، لأنه

---

(١) « وإن كان من غيره ... ويجب العقر » ليست في ب ففيها : « ثم رجع وقال : إن كان الإكراه من السلطان : لا يجب الحد ، ويجب العقر ـ كيفما كان » ـ وراجع الهامش السابق .

(٢) في ب كذا : « الأموال » .

(٣) في ب : « إقرار » .

(٤) في ب : « كان ورد » .

(٥) في ا و حـ كذا : « تقدد » .

(٦) في ا و حـ : « باع شيئا » .

أتى[١] بغير ما أكره[٢] عليه[٣]. وإن[٤] باع بأقل من ذلك الثمن[٥]: <ف> القياس أن ينفذ، ولا يكون مكرها، وفي الاستحسان: يكون مكرها. وإن باعه بأكثر من ذلك الثمن[٦]: يكون طائعا.

وإن كان تصرفا لا يحتمل الفسخ، كالطلاق، والعتاق، والنكاح، واليمين[٧]، والنذر، ونحوها: فإنه ينفذ التصرف، عندنا — خلافا للشافعي، والمسألة معروفة.

ثم الطلاق — إن كان قبل الدخول بها[٨]: يلزمه[٩] نصف المهر المسمى[١٠]. والمتعة في غير المسمى: على المكره، لأنه وجب عليه بسبب إكراهه[١١]. وإن كان بعد الدخول: يجب على الزوج[١٢] المكره، لأنه استوفى منفعة البضع.

وأما في[١٣] العتاق — <ف> يجب الضمان على المكره، سواء كان

---

(١) «أتى» ليست في ا.

(٢) في ح كذا: «ما كره».

(٣) «عليه» من ا و ب و ح.

(٤) في ا و ح: «فأما إذا».

(٥) و(٦) «الثمن» ليست في ب.

(٧) «واليمين» ليست في ا.

(٨) «بها» ليست في ا و ح.

(٩) في ا و ب و ح: «يلزم».

(١٠) في ب كذا: «في المسمى». و«المسمى» ليست في ا.

(١١) في ح و ا: «الكراهية».

(١٢) «الزوج» من ا و ب و ح.

(١٣) «في» ليست في ا.

موسراً أو معسرا ، ولا يسعى العبد فى ذلك ، ويكون الولاء للمعتق المكره[١] ، لأن العتق[٢] حصل بفعل المكره ، لكن جعل[٣] ذلك إتلافاً من المكره ، فعليه قيمته .

وفى النكاح -إذا أكرهت المرأة على التزويج بألف ، ومهر مثلها عشرة آلاف : فالنكاح صحيح ، ويقول القاضى للزوج[٤]: « إن شئت تمم[٥] لها مهر مثلها ، وإلا فرقت بينكما » إن لم ترض المرأة إن كان الزوج كفوا لها[٦] . وتخير المرأة إن كان[٧] غير كفء ، وإن تمم لها مهر مثلها . وإن رضيت المرأة بنقصان المهر ، وعدم الكفاءة - يثبت الخيار للأولياء فى عدم[٨] الكفاءة بالاتفاق ، وفى نقصان المهر عند أبى حنيفة ، خلافاً لهما- هذا إذا كان قبل الدخول . فإن[٩] كان بعد الدخول ، وهى غير[١٠] مكرهة فى التمكين : يجوز النكاح ، لوجود الرضا ، دلالة ، ويسقط الخيار للمرأة[١١] ، ويبقى الخيار للأولياء . وإن فرق القاضى

---

(١) « سواء كان موسرا ... المعتق المكره » ليست فى ب .

(٢) فى ح : « لانى العتق » .

(٣) فى ا : « لكن حصل » . وفى ح : « لكى حصل » .

(٤) « للزوج » ليست فى ا و ح .

(٥) فى ب : « تم » . وفى ح كذا : « تجى » .

(٦) « لها » من ا و ح .

(٧) فى ا و ح : « إن كان الزوج » .

(٨) فى ا و ح : « لعدم » .

(٩) فى ا و ح : « ولان » .

(١٠) « غير » من ا و ب و ح .

(١١) « المرأة » ليست فى ا و ب و ح .

بينهما : فلا شيء عليه قبل الدخول ، لأن الفرقة جاءت من قبلها .

. . .

وأما إذا أكره على الأقارير :

< ف > لا يصح[١] ، سواء كان بالمال ، أو الطلاق ، أو[٢] العتاق ، ونحو ذلك ، لأن الإقرار إخبار ، والخبر الذي ترجح[٣] كذبه ، لا يكون حجة ، والإكراه دليل رُجْحان الكذب .

. . .

ولكن هذا إذا كان[٤] الإكراه بوعيد[٥] شيء معتبر عند الناس ، حتى يكون[٦] نافيا للضرر[٧] . ويختلف[٨] باختلاف حال المكره[٩] من الشرف والدناءة[١٠] ، والضعف والقوة ، حتى قال أصحابنا بأن السوط[١١] الواحد والقيد والحبس في اليوم الواحد[١٢] إكراه في حق بعض الناس ، وليس بإكراه في حق البعض ، فيكون مفوضا إلى رأي

---

(١) « لا يصح » ليست في ب .
(٢) الهمزة من ا و حـ .
(٣) في ا و حـ : « يترجح » .
(٤) في ب كذا : « كاف » .
(٥) في ا و حـ كذا : « توعيد » .
(٦) أي بفعل الشيء الذي أكره عليه .
(٧) في ب : « للضرب » . وفي ا و حـ : « باقيا للضرورة » .
(٨) في حـ و ا : « ويكون » .
(٩) في الأصل و ب : « المكره عليه » . وراجع الهامش التالي .
(١٠) في ا و حـ كذا : « باختلاف المكره من الشرف الزيادة » .
(١١) في ا كذا : « لن الشرط » .
(١٢) « الواحد » ليست في ا و حـ .

القاضي المجتهد ، لاختلاف أحوال الناس فيه[1] .

. . .

ولو أكره رجل على قتل وارثه ، بإكراه يوجب الإلجاء[2] ، فإنه لا يحرم عن[3] الميراث ، وإن كان لا يباح له الإقدام على قتله ، لأنه[4] مضطر فيه .

ولو أكره رجل على شراء ذي رحم محرم[5] منه ، حتى عتق - لا يجب على المكره شيء ، لأن الشراء يصح بمثل القيمة ، والزيادة عليه لا تجب ، و[6] الإعتاق وشراء القريب سواء في ثبوت العتق ، إلا أنه لا تجب القيمة ههنا ، لأنه حصل له عوض[7] وهو صلة الرحم .

ولو أكره على شراء عبد قال له[8] : « إن ملكتك فأنت حر » ، فاشتراه ، وقبضه حتى عتق عليه : لا يضمن المكره ، لأنه[9] مباشر الشرط[10] ، فإن العتق باليمين[11] يقع .

---

(١) « فيه » ليست في ا و ح .

(٢) في ح كذا : « موجب الاجا » . وفي ا كذا : « موجب الانجا » .

(٣) « عن » ليست في ح .

(٤) « نه » في « لأنه » ساقطة في ا ففيها كذا : « لامضطر » .

(٥) في ا و ب و ح : « ذي الرحم المحرم منه » .

(٦) « و » ليست في ح .

(٧) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل تشبه : « عرض » .

(٨) « له » ليست في ح .

(٩) في ح : « على أنه » .

(١٠) في ا و ب و ح : « الشرط » .

(١١) في ا و ح : « بالثمن » .

وكذا لو قال لعبده : « إن دخلت هذه الدار فأنت حر » ـ فأكره على أن يدخل الدار ، فدخل ، فعتق : لا يضمن[١] ، لأنه مباشر للشرط ، دون العلة .

. . .

ثم الإكراه عند أبي حنيفة إنما يصح من السلطان لا غير .

وعندهما: يصح من كل مسلط[٢] ، له قدرة تحقيق[٣] ما وعد[٤].

وقيل : إن هذا اختلاف زمان ، لأن في زمن أبي حنيفة كان[٥] لا يقدر على الإكراه إلا السلطان ، وفي زمانهما تغير <ت> الأمور[٦] فأجاب كل واحد[٧] على حسب زمانه .

وبعضهم حققوا الاختلاف من حيث المعنى .

. . .

ولو أن صبيا مسلطا ، بأن كان سلطانا[٨] ، أكره[٩] رجلا[١٠] ،

---

(١) في ا و ب و حـ : « يعتق ولا يضمن » .

(٢) في ب : « متسلط » .

(٣) في ا و حـ : « تحقق » .

(٤) في ا و ب : « ما أوعد » وفي حـ : « ما أوعده » .

(٥) « كان » ليست في ا و حـ .

(٦) في ب : « تغير الأمر » . وفي حـ : « يتغير الأمور » .

(٧) « واحد » ليست في ا و حـ . وفي ب : « كل واحد منهما » .

(٨) في ب : « فإن كان سلطان » .

(٩) في ا و ب و حـ : « فأكره » .

(١٠) « رجلا » من ا . وفي ب و حـ : « رجل » .

بالقتل ، على القتل ، ونحوه[١] ـ فالجواب فيه ، وفى البالغ ، سواء .لأنه تحقق منه الإكراه له[٢] .

وكذا[٣] إذا كان رجل به[٤] مِرَّة[٥] يختلط العقل به ، وهو مسلط[٦] : يجوز إكراهه ، كالعاقل ، سواء[٧] و[٨] .

(١) « ونحوه » ليست فى ا و حـ .

(٢) « له » من ا و ب و حـ .

(٣) « وكذا » ليست في ا و حـ .

(٤) « رجل به » من ا و حـ . وفى ب : « رجلا به » .

(٥) كذا في الأصل و ا و ب و حـ : « مرة » ـ والمرة مزاج من أمزجة البدن (القاموس) . وفى الكاسانى (٧ : ١٧٦ : ٨ – ٩) : « وكذلك العقل والتمييز المطلق ليس بشرط فيتحقق الإكراه من البالغ المختلط العقل بعد أن كان مطاعا مسلطا » .

(٦) « وهو مسلط » من ا و ب و حـ . راجع الهامش السابق

(٧) « سواء » ليست في ا و حـ .

(٨) زاد في ب : « والله تعالى أعلم » .

كتاب

القسمة

القسمة[1] فى الأملاك المشتركة[2] نوعان: قسمة الأعيان، وقسمة المنافع وهي المهايأة.

أما قسمة الأعيان المشتركة

<ف> مشروعة[3] - عرفنا شرعيتها[4] بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: أنه قسم خيبر بين الغانمين. وعليه توارث[5] الأمة.

. . .

والأعيان المشتركة قد[6] تكون **أمثالاً متساوية** - فقسمتها تكون تمييز الأنصباء لا غير، مثل المكيل والموزون والعددى المتقارب.

وقد تكون **أشياء مختلفة**، مثل الدور والعقار والعروض والحيوان - وقسمتها تكون فى معنى البيع.

. . .

ثم القسمة قد تكون **من القاضى** وأمينه بإذنه، وقد تكون **من الشركاء عند التراضى**.

---

(١) كذا في ب. وفى ا و حـ: «قال رحمه الله: القسمة». وفى الأصل «قال: القسمة».

(٢) «فى الأملاك المشتركة» ليست في ا - ففيها: «القسمة نوعان».

(٣) «مشروعة» ليست في ا و حـ.

(٤) فى ا و ب و حـ: «مشروعيتها».

(٥) في حـ: «تواترت».

(٦) فى حـ و ا: «وقسمة الأعيان قد».

فإن كانت القسمة من القاضي عند المرافعة إليه [١] :

فإن كان في ذلك منفعة لهم : فإنه يقسم . وإن كان فيه ضرر أو [٢] لا حاجة لهم إلى ذلك : فإنه لا يفعل ، وإن تراضيا عليه ، ولكن يفوض الأمر إليهم حتى يقسموا بأنفسهم - فإن الحمام المشترك بين اثنين إذا طلبا من القاضي القسمة لا يقسم ، لأن في القسمة ضرراً [٣] ، لأنهما يتضرران بذلك ، لأنه لا يمكن الانتفاع ببعض الحمام دون البعض . ولو قسّما بأنفسهما : جاز ، لولايتهما على أنفسهما .

وكذا <في> البيت الواحد ، والثوب الواحد ، والجوهرة الواحدة : لا تجوز القسمة من القاضي [٤] . ولو طلبا [٥] منه القسمة : لا يفعل ، ولو قسما بأنفسهما: جاز .

وكذا دار بين اثنين ، لأحدهما فيها شقص قليل : إن طلب صاحب [٦] القليل : لا يقسم ، لأنه لا فائدة له [٧] فيه ، فيكون متعنتاً . وإن طلب صاحب الكثير : يقسم ، لأن له حاجة في ذلك ويدفع [٨] الضرر عن نفسه ، ولو قسما بأنفسهما : جاز ، لما قلنا [٩] .

---

(١) « إليه » من ا و ب و حـ .
(٢) « أو » ليست في ب . وفي ا و حـ : « و » .
(٣) « لأن في القسمة ضررا » من ا و ب . وفي حـ : « لأن القسمة ضرر » .
(٤) في ا و حـ : « لا تجوز قسمته للقاضي » . وفي ب : « لا تجوز قسمته من القاضي » .
(٥) في ب : « ولو طلب » .
(٦) « صاحب » ساقطة من حـ وفيها : « ولئن طلب القليل » .
(٧) « له » من ا و ب و حـ .
(٨) في ا و حـ : « فيدفع » .
(٩) أي لولايتهما على أنفسهما (راجع السطر السابع من هذه الصفحة) .

ثم المقسوم لا يخلو : إما إن كان دوراً أو عقاراً ، أو منقولا :

فإن كان عقاراً ،وهى فى يد الجماعة[١] ،وطلبوا القسمة من القاضى- فإن قالوا :«هى بيننا ميراث عن فلان» :فإن عند أبى حنيفة :لا يقسم حتى يقيموا البينة على موت فلان ،وعلى عدد الورثة - وعندهما:يقسم بإقرارهم ،ويشهد أنه قسمها بإقرارهم .

ولو كان ذلك **في عروض أو شيء منقول** : فإنه يقسم بإقرارهم، بالاتفاق .

وكذا إذا أقروا بكون **العقار** بينهم ، ملكاً[٢] مطلقا ، ولم يدعوا انتقال الملك فيها من واحد[٣] : فإنه يقسم بينهم، بإقرارهم، بالإجماع[٤] .

وإن ادعوا أنهم اشتروا من فلان الغائب : < ف > فى رواية الأصل: لا يقسم حتى يثبتوا الانتقال من الغائب ، وفى رواية: يقسم بإقرارهم .

. . .

وهذا إذا لم يكن فى الورثة غائب كبير أو صغير لا ولى له ، فأما إذا كان **في الورثة كبير غائب أو صغير** : فعند أبى حنيفة : لا يقسم على كل حال . وعندهما :ينظر : إن كانت[٥] الدار فى يد الكبار الحضور :فإنه يقسم بينهم ، ويضع حق الغائب فى يد أمين يحفظه ،ويوكل عن[٦] الصغير

(١) فى ا و ب و حـ : « جماعة » .
(٢) « ملكا » من ا و ب و حـ .
(٣) فى ا و ب و حـ :« من أحد » .
(٤) فى ب : « بالاتفاق » .
(٥) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل :« كان » . وانظر ما يلى فى المتن .
(٦) فى ب :« على » .

رجلا حتى يحفظه. وإن كانت[١] الدار في يد الغائب أو فى يد الصغير أو فى أيديهما منها شيء: فإنه لا يقسم حتى تقوم[٢] البينة على الميراث وعدد الورثة، بالاتفاق.

. . .

ثم إذا قامت البينة على الميراث ينظر: إن كان الحاضر اثنين فصاعدا، والغائب واحد أو أكثر، و[٣] فيهم صغير: فإن القاضى يقسم بينهم، ويعزل نصيب كل صغير وغائب، ويجعل فى يد أمين يحفظه.

ولو كان هذا في ملك مطلق، وشريكان حاضران، وشريك غائب: فالقاضى لا يقسم، لأن القاضى له ولاية فى الجملة، فى مال مشترك بين الورثة، فيكون قضاء على الحاضر. <و>لا ولاية[٤] له[٥] على مال الغائب مقصودا. فلا[٦] يقسم من غير أن يحضر من يقوم مقامه.

ولو حضر وارث[٧] واحد، وغاب الباقون، وطلب[٨] القسمة: فإن القاضى لا يقسم، لأن القسمة لا تصح إلا بين المتقاسمين الحاضرين[٩].

ولو كان وارث كبير حاضر، وهناك وارث صغير: نصب القاضى

(١) فى ب: «كان».
(٢) فى ا و ب: «حتى يقيموا». وفى ح: «حتى يقيم».
(٣) «و» ليست فى ب.
(٤) فى الأصل و ا و ب: «أما لا ولاية». وفي ح: «أما الولاية».
(٥) «له» ليست فى ا و ب و ح.
(٦) في ح: «ولا».
(٧) «وارث» ليست فى ا و ح.
(٨) فى ب: «وطلبت».
(٩) فى ب: «متقاسمين حاضرين».

له وصيا، وقسم، لأنه حضر[١] المتقاسمان وطلب أحدهما القسمة، فإنه يحكم بالقسمة على أحدهما للطالب.

. . .

ولو قسم دارا[٢] بين شريكين، وفيها مسيل[٣] الماء والطريق ونحوهما: <ف> إن قسم مطلقاً وأمكن أن يجعل فى نصيب كل واحد منهما[٤] طريقاً ومسيل ماء: فإنه تصح القسمة فى الكل. وإن كان لا يمكن <جعل> الطريق فى ملك أحدهما، بل يحتاج إلى تسييل الماء والاستطراق فى نصيب شريكه[٥]: <ف> إن ذكر القاسم فى القسمة: «إنى قسمت الدار بينهما بحقوقها[٦]» - فإنه يبقى مشتركاً بينهما[٧]، فيكون له حق تسييل الماء والاستطراق فى نصيب شريكه[٨].

وإن لم يذكر الحقوق: تنقض[٩] القسمة، ويكون ذلك غلطاً من القاسم، لأنه لا يتمكن كل واحد منهما[١٠] من الانتفاع به بدون الطريق.

---

(١) في ح: «حاضر».

(٢) فى ح: «دارين». انظر فيما يلي الهامش ٦

(٣) فى ا و ن و ح: «سبيل».

(٤) «منهما» من ا و ب و ح.

(٥) «بل ... شريكه» من ا و ب و ح.

(٦) هكذا في ا و ب و ح. وفي الأصل: «بحقوقهما». راجع الهامش ٢.

(٧) هكذا في ب. وفي الأصل و ا و ح: «بينهم». وفى ا و ح: «أن يذكر القاسم في القسمة: إنى قسمت بينهما الدار بحقوقها - فإنه يبقى مشتركا بينهم» وردت قبل: «بل يحتاج إلى تسييل» المتقدمه.

(٨) «فيكون له ... شريكه» من ا و ب و ح.

(٩) فى ا و ب و ح: «تنتقض».

(١٠) «منهما» من ا و ب و ح.

ولو قسم دورا[١] بينهم ، وجعل لكل واحد نصيبه في دار واحدة ، سواء كانت متلاصقة أو في بلدة أو في بلاد : لا يجوز عند أبي حنيفة ، وعندهما : إن كان يمكن[٢] التعديل في القسمة[٣] في ذلك - فلا بأس به .

. . .

وعلى هذا **قسمة الرقيق** ، بأن جعل[٤] نصيب كل واحد في عبد : لا يجوز عند أبي حنيفة ، وعندهما: جائز .

فأما في المنقول سوى الرقيق[٥] - إذا كان جنساً واحدا ، مثل الإبل والبقر ، والغنم ، والمكيل ، والموزون : فإنه جائز ، بلا خلاف ، لأن التفاوت يسير .

فأما إذا جعل لأحدهم[٦] الإبل، وللآخر الغنم[٧]، وللآخر البقر: لم يجز ، لاختلاف الأنواع .

وكذا في الثياب من جنس واحد : تجوز القسمة ، وفي الأجناس المختلفة : لا تجوز . وفي الثوب الواحد : لا تجوز ، لأنه يحتاج إلى القطع ، وهو ضرر.

. . .

(١) في ب : « دارا » .
(٢) « يمكن » من ا و ب و حـ .
(٣) « في القسمة » ليست في حـ .
(٤) في حـ : « يجعل » .
(٥) « سوى الرقيق » من ا و ب و حـ .
(٦) في ب : « لأحدهما » .
(٧) « وللآخر الغنم » من ا و ب و حـ .

ثم إذا قسم الدار[١] فإنه يقسم العَرْصة[٢] بالذراع[٣]. ويقسم البناء بالقيمة، ويجوز أن يجعل لأحدهما أكثر ذراعاً[٤] من الآخر، لأن قيمته أكثر.

ثم ذكر أبو الحسن أن أبا حنيفة قال[٥]: يحتسب في القسمة كل ذراع[٦] من السفْل الذي لا عُلوّ له، بذراعين من العلو الذي لا سفل له.

وقال أبو يوسف: ذراع من السفل بذراع من العلو.

وقال محمد: يقسم على القيمة دون الذراع[٧].

ومشايخنا قالوا: إنما أَجاب أبو حنيفة على عادة أهل الكوفة، لاختيارهم السفل على العلو.

والعمل في هذه المسألة على قول محمد، لاختلاف حال البلاد في ذلك، فتعتبر القيمة.

. . .

ثم ما كان في البيع من خيار الرؤية، وخيار الشرط، والرد بالعيب ـ ففي القسمة كذلك: لا يختلفان، لأنها في معنى البيع ـ وهذا[٨] إذا قسما بالتراضي.

---

(١) « الدار » ليست في ا و حـ.

(٢) عرْصة الدار ساحتها، وهي البقعة الواسعة التي ليس فيها بناء (المصباح).

(٣) في ب: « بالدرع ».

(٤) في ب و حـ: « درعا ».

(٥) « قال » من ا و ب و حـ.

(٦) و (٧) في ب: « درع » ـ « الدرع ».

(٨) « والرد بالعيب ففي ... البيع وهذا » ساقطة من ا و حـ.

فأما إذا قسم القاضي ـ فكذلك في العيب[1] ، ولا يثبت خيار الرؤية، ولا[2] خيار الشرط فيه[3] ، لأنه لو[4] فسخ كان للقاضي أن يقسم ثانيا، فلا فائدة فيه[5] .

. . .

ولأحد الشريكين أن يحفر في نصيبه بئراً أو بالوعة ، وإن كان يضر[6] بقسم شريكه[7] ـ وكذا هذا في الجارين[8] .

. . .

وإذا ظهر للميت دين بعد القسمة ، أو وارث غائب ، أو طفل أدرك ولم يكن له وصي : فلهم نقض القسمة ، لأن القاسم غلط فيها . فإن كان للميت مال سوى ما قسم : يقضى منه[9] الدين ، ولا ينقض القسمة .

وكذلك إذا قضى[10] بعض الورثة الدين ، أو كفل رجل عن صاحب الدين . وكذا لو ظهر الدين للوارث الذي قسم ، و[11] لا تكون

---

(١) « في العيب » ساقطة من حـ .

(٢) « لا » من ا و حـ .

(٣) « فيه » ليست فى ا و حـ .

(٤) « لو » ليست فى ا و ب و حـ .

(٥) « ثانيا فلا فائدة فيه » من ا و ب و حـ .

(٦) « يضر » ساقطة من ب . وفى ا و حـ كذا : « يصير » .

(٧) « شريكه » ساقطة من ب .

(٨) فى ا : « فى المحاريب » . وفى حـ : « وكذا فى هذا المحاريب » .

(٩) « منه » من ا و ب و حـ .

(١٠) في ا و حـ : « قبض » .

(١١) « و » ليست فى حـ .

القسمة منه إبراء للدين الذي[١] عليه ، لأنه ربما لا يعلم ذلك[٢] .

وكذلك إذا ظهرت الوصية لأجنبي ، أو <ظهر>[٣] ولد وارث: فإنه تنقض القسمة ، لأن الموصى له كواحد من الورثة .

وأما المهايأة

< ف >نوعان : من حيث المكان ، أو من حيث الزمان .

أما من حيث المكان ـ بأن[٤] كانت دارا كبيرة ، يسكن أحدهما ناحية والآخر ناحية : جاز ، وهي قسمة المنافع[٥] ، ولا يشترط فيها بيان المدة .

ولو استغل أحدهما نصيبه : جاز ـ بخلاف العارية : فإنها[٦] لا تؤاجر . وقال بعضهم: لا[٧] يجوز، كما في العارية، إلا إذا اشترطا[٨] الاستغلال[٩] لمن شاء منهما .

وأما من حيث الزمان ـ بأن كانت دارا صغيرة، يسكن[١٠] أحدهما

---

(١) « الذي » من ا و ب و حـ .
(٢) في ا و حـ : « بذلك » .
(٣) في ب : « للأجنبي أو لولد وارث » . وفي الأصل : « أو ولدت وارث » . وفي ا و حـ : « لأجنبي أو ولد » ـ راجع الكاساني ، ٧ : ٣٠ : ٢٦ .
(٤) كذا في ب : « بأن » . وفي الأصل و ا و حـ : « فإن » .
(٥) زاد هنا في ا و ب و حـ : « جاز » .
(٦) هكذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « فإنه » .
(٧) « لا » ساقطة من ا و حـ . وفي ب : « لا تجوز » .
(٨) في ا و ب و حـ : « شرط » .
(٩) في ا و حـ : « الاستعمال » .
(١٠) في ا و ب و حـ : « فسكن » .

شهرا والآخر شهرا : جاز، وهذا في معنى العارية ـ ولهذا يشترط[1] المدة.

ولو آجر أحدهما : لا يجوز، كما في العارية .

ولو تهايآ في الرقيق المشترك[2] ـ فأخذ أحدهما عبدا، والآخر عبدا : جاز عندهما بلا شك[3]، لأن قسمة الرقيق جائزة عندهما . وعند أبي حنيفة : تجوز ههنا، لأنها قسمة المنافع، وهي من جنس واحد .

وفي النخيل والشجر المشترك ـ إذا أخذ أحدهما طائفة يستثمرها وينتفع بثمرها خاصة، والآخر[4] طائفة : لا يجوز . لأنها استحقاق العين بالإجارة[5] .

وفي الأراضي[6] ـ يزرع أحدهما البعض، والآخر البعض : جائز[7]، لأنها قسمة المنافع[8] .

---

(١) في ب : « شرط » . وفي ا : « تشترط »

(٢) « في الرقيق المشترك » من ب .

(٣) في ا و حـ : « أما عندهما فلا شك فيه » . وفي ب : « أما عندهما فلا شك ».

(٤) في ا و حـ : « والآخر أخذ طائفة » .

(٥) في حـ : « لأنها استحقاق الإجارة » . وفي ا : « لأنها استحقاق بالإجارة » . وفي الكاساني (٧ : ٣٢ : ١٧ - ٢١): « وأما بيان محل المهايآت فنقول : إن محلها المنافع دون الأعيان، لأنها قسمة المنفعة دون العين، فكان محلها المنفعة دون العين، حتى إنهما لو تهايآ في نخل أو شجر بين شريكين على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها لا يجوز وكذلك إذا تهايآ في الغنم المشتركة على أن يأخذ كل واحد منهم قطيعا وينتفع بألبانها لا يجوز، لما ذكرنا أن هذا عقد قسمة المنافع، والثمر واللبن عين مال، فلا تدخل تحت عقد المهايآت . ولو تهايآ في الأراضي المشتركة على أن يأخذ كل واحد منهما نصفها ويزرع : جاز، لأن ذلك قسمة المنافع، وهي معنى المهايآت ».

(٦) في ا و حـ : « وفي الأرض » .

(٧) « جائز » ليست في ا و حـ . وفي ب : « جاز » .

(٨) زاد في ب : « والله أعلم » .

قال [١]:

يحتاج إلى :

بيان [٢] مشروعية الإذن ، للعبد ، في التجارة ،

وإلى تفسير الإذن ،

وإلى بيان [٣] حكم الإذن ، وما يملك [٤] به العبد من التصرف وما لا [٥] يملك ،

وإلى بيان صحة الحجر ،

وإلى بيان حكم المأذون بعد الحجر .

أما الأول

فلما [٦] روى عن النبي عليه السلام أنه كان يجيب [٧] دعوة المملوك .

---

(١) في ب : «قال الشيخ الإمام رحمه الله » . وفي ا و حـ : « قال رحمه الله » . راجع ص ٣٩٨ .

(٢) « بيان » من ا و ب و حـ .

(٣) « بيان » ليست في حـ .

(٤) في ا و حـ : « يملكه » .

(٥) « لا » ساقطة في حـ .

(٦) في حـ : « فيما » .

(٧) في حـ : « يحب » . وفي الكاساني (٧ : ١٩٧ : ١١) مثل ما في المتن .

و[1] عليه توارث الأمة .

. . .

وأما إذن العبد الصغير العاقل ، أو[2] الصبي الحر العاقل - فصحيح[3] ، عندنا . وعند الشافعي: لا يصح - والمسألة معروفة .

وأما تفسير الإذن - فنقول :

الإذن نوعان : خاص ، وعام[4] .

فأما الإذن[5] الخاص - فأن[6] يقول لعبده[7] : « اشتر بدرهم لحماً لنفسك[8] » أو: « اشتر كسوة لنفسك أو لفلان » ، فاشتراه - فإنه يجوز ، ويكون[9] مأذوناً ، في ذلك ، خاصة . والقياس أن يكون مأذوناً[10] في الأنواع كلها ، لأن الإذن بالتصرف لا يتجزأ ، وفي الاستحسان: يقتصر[11] على ما أذن فيه ، لأن هذا[12] من باب الاستخدام ، فلو

---

(١) « و » ليست في حـ.

(٢) في ب : « و » .

(٣) الفاء من ب .

(٤) في ا و حـ : « وعامة » .

(٥) « الإذن » من ا و ب و حـ .

(٦) في ب : « أن » . وفي الأصل و ا و حـ : « بأن ».

(٧) « لعبده » ليست في ب .

(٨) « لنفسك » من ا و حـ .

(٩) في ب : « ويصير » .

(١٠) « مأذونا » ليست في ب.

(١١) في ا : « أن يقتصر » .

(١٢) « هذا » ليست في ا و حـ . وفيهما : « لأنه ».

نفذ[١] الإذن إلى غيره ، ولم يكن قصد المولى أن يكون مأذوناً فى التجارات : لا يقدر على الاستخدام[٢] .

وأما الإذن العام - فأن[٣] يقول : « أذنت لك فى التجارات » أو « فى[٤] التجارة » - يصير[٥] مأذوناً فى الأنواع ، كلها[٦] ، بلا خلاف .

أما إذا أذن فى نوع ، بأن قال : « اتجر فى البز[٧] ، أو فى بيع الطعام أو فى[٨] غير ذلك » - يصير مأذوناً[٩] فى أنواع التجارات ، عندنا . وعند زفر والشافعى[١٠] : يقتصر على ما سمى[١١] .

---

(١) فى ب : « واو تعدى » . ولعلها الأصح .

(٢) « فاو نفذ ... الاستخدام » ليست فى ا و ح . وفى الكاسانى (٧ : ١٩١ - ١٩٢) . « ... او جعل الإذن بمثله (أي بمثل ما لو قال : اشترلى بدرهم لحما) إذنا بالتجارات كلها لصار المأذون بشراء البقل مأذونا فى التجارة وفيه سد باب استخدام المهاليك وبالناس حاجة اليه ، فاقتصر على مورد الضرورة » .

(٣) الفاء من ح .

(٤) « في » من ا و ب و ح .

(٥) فى ا : « فى التجارة أو الصناعة : يصير مأذونا في جميع أنواع الحرف . وكذا إذا قال فى التجارة : يصير ... » .

(٦) « كلها » ليست في ا و ح . وانظر الهامش التالى .

(٧) فى ح : « فى البر » . وانظر الهامش بعد التالي

(٨) كذا فى ح . وفى ا : « أوغير » . وفى الأصل : « وغير » . وانظر الهامش التالي .

(٩) « في الأنواع كلها بلا خلاف ... يصير مأذونا » ساقطة من ب .

(١٠) في ا و ب و ح : « وعند الشافعى » ولم يذكر فيها زفر . وفي الكاسانى (٧ : ١٩٢ : ٣ - ٤) : « وأما إذا أذن له في نوع بأن قال : « اتجر في البر أو في الطعام أو في الدقيق » يصير مأذونا في التجارات كلها ، عندنا . وعند زفر والشافعى رحمهما الله : لا يصير مأذونا إلا فى النوع الذى تناوله ظاهر الإذن » .

(١١) « على ما سمى » ليست فى ا .

و[1] عليه توارث الأمة .

. . .

وأما إذن العبد الصغير العاقل ، أو[2] الصبي الحر العاقل - فصحيح[3] ، عندنا . وعند الشافعي: لا يصح - والمسألة معروفة .

وأما تفسير الإذن - فنقول :

الإذن نوعان : خاص ، وعام[4] .

فأما الإذن[5] الخاص - فأن[6] يقول لعبده[7] : « اشتر بدرهم لحماً لنفسك[8] » أو: « اشتر كسوة لنفسك أو لفلان » ، فاشتراه - فإنه يجوز ، ويكون[9] مأذوناً ، في ذلك ، خاصة . والقياس أن يكون مأذوناً[10] في الأنواع كلها ، لأن الإذن بالتصرف لا يتجزأ ، وفي الاستحسان: يقتصر[11] على ما أذن فيه ، لأن هذا[12] من باب الاستخدام ، فلو

---

(١) « و » ليست في ح.

(٢) في ب :« و » .

(٣) الفاء من ب .

(٤) في ا و ح :« وعامة » .

(٥) « الإذن » من ا و ب و ح .

(٦) في ب :« أن » . وفي الأصل و ا و ح : « بأن ».

(٧) « لعبده » ليست في ب .

(٨) « لنفسك » من ا و ح .

(٩) في ب :« ويصير » .

(١٠) « مأذونا » ليست في ب.

(١١) في ا :« أن يقتصر » .

(١٢) « هذا » ليست في ا و ح . وفيهما :« لأنه ».

نفذ[١] الإذن إلى غيره ، ولم يكن قصد المولى أن يكون مأذوناً فى التجارات : لا يقدر على الاستخدام[٢] .

وأما الإذن العام ـ فأن[٣] يقول: «أذنت لك فى التجارات» أو «فى[٤] التجارة» ـ يصير[٥] مأذوناً فى الأنواع، كلها[٦] ، بلا خلاف .

أما إذا أذن فى نوع ، بأن قال : «اتجر فى البز[٧]» ، أو فى بيع الطعام أو فى[٨] غير ذلك» ـ يصير مأذوناً[٩] فى أنواع التجارات ، عندنا . وعند زفر والشافعى[١٠] : يقتصر على ما سمى[١١] .

---

(١) فى ب : « واو تعدى » . ولعلها الأصح .

(٢) « فاو نفذ ... الاستخدام » ليست فى ا و حـ . وفى الكاسانى (٧ : ١٩١ ـ ١٩٢) . « ... او جعل الإذن بمثله (أي بمثل ما لو قال : اشترلي بدرهم لحما) إذنا بالتجارات كلها لصار المأذون بشراء البقل مأذونا فى التجارة وفيه سد باب استخدام المماليك وبالناس حاجة اليه ، فاقتصر على مورد الضرورة » .

(٣) الفاء من حـ .

(٤) « في » من ا و ب و حـ .

(٥) فى ا : « فى التجارة أو الصناعة : يصير مأذونا في جميع أنواع الحرف . وكذا إذا قال فى التجارة : يصير ... » .

(٦) « كلها » ليست في ا و حـ . وانظر الهامش التالى .

(٧) فى حـ : « فى البر » . وانظر الهامش بعد التالي

(٨) كذا فى حـ . وفى ا : « أو غير » . وفى الأصل : « وغير » . وانظر الهامش التالي .

(٩) « في الأنواع كلها بلا خلاف ... يصير مأذونا » ساقطة من ب .

(١٠) في ا و ب و حـ : « وعند الشافعى » ولم يذكر فيها زفر . وفي الكاسانى (٧ : ١٩٢ : ٣ ـ ٤) : « وأما إذا أذن له في نوع بأن قال : « اتجر في البر أو في الطعام أو في الدقيق » يصير مأذونا في التجارات كلها ، عندنا . وعند زفر والشافعى رحمهما الله : لا يصير مأذونا إلا فى النوع الذى تناوله ظاهر الإذن » .

(١١) « على ما سمى » ليست فى ا .

وكذا إذا قال: « اقعد فى التجارة أو فى الصناعة[١] » ـ يصير مأذوناً فى جميع[٢] أنواع الحرف.

وكذا إذا قال[٣]: « أذنت لك أن تتجر شهرا أو سنة » ـ يصير مأذونا، فى جميع الأوقات، ما لم يحجر عليه حجرا عاما.

وكذا[٤] لو[٥] قال: « اتجر فى البز، ولا تتجر فى الخز[٦] » ـ لا يصح نهيه[٧]، ويعم الإذن: في النوعين، وغيرهما[٨] ـ والمسألة معروفة: أن الإذن تمليك التصرف، أو إسقاط الحق و[٩] فك الحجر.

. . .

ثم الإذن قد يثبت صريحاً، وقد يثبت بطريق الدلالة.

فالصريح ـ ما[١٠] ذكرنا.

وأما الدلالة ـ بأن[١١] رأى المولى عبده، يبيع ويشتري، فسكت ولم

---

(١) فى حـ: « اقعد في التجارة والصناعة ». وفي ب كذا: « بعد الحرازة أو في الصياغة ».

(٢) « جميع » من ب و حـ.

(٣) « فى الصناعة ... وكذا إذا قال » ليست فى ا.

(٤) فى ب: « ولذا ».

(٥) فى ا و حـ: « إذا ».

(٦) في حـ كذا: « فى البر ولا يتجر فى البحر ».

(٧) « نهيه » ليست فى ا.

(٨) كذا فى ا و ب و حـ. وفى الأصل: « وعندهما يصح ». وفى الكاسانى (٧: ١٩٢: ٤): « وكذلك إذا قال له: اتجر فى البر ولا تتجر في الخبز ـ لا يصح نهيه وتصرفه ويصير مأذونا فى التجارات كلها وعلى هذا ... ».

(٩) فى حـ: « أو ».

(١٠) فى ا و حـ: « على ما ذكرنا ».

(١١) فى حـ و ا: « فإن ».

ينهه عن ذلك : يصير مأذوناً [١] في التجارات ، ولا يصير [٢] مأذوناً فى بيع ذلك الشيء بعينه ، وفى الشراء يصير مأذوناً [٣] - وهذا عندنا .

وعند الشافعي : لا يصير مأذوناً [٤] .

والسكوت يكون إذناً فى مواضع : فإن من باع عبداً [٥] من إنسان ، بحضرته ، والعبد ساكت - يكون إقرارا منه بالرق ، دلالة.

- وكذا [٦] المشترى : إذا قبض السلعة بحضرة البائع ، وسكت البائع [٧] : يكون إذنا بالقبض [٨] .

- وكذا إذا سمع الشفيع بالبيع [٩] ، فلم يطلب [١٠] الشفعة [١١] ، وسكت : يكون تسليما للشفعة [١٢] .

- وكذا البكر : إذا زوجها وليها ، فسمعت من الولى ، وسكتت [١٣] : يكون إذنا .

---

(١) فى حـ و ب : « يصير إذنا له » .

(٢) « فى التجارات ولا يصير » ليست فى ا .

(٣) فى ب كررت عبارة : « فى بيع ذلك الشيء ... مأذونا » .

(٤) « وهذا عندنا ... مأذونا » ليست فى ب .

(٥) « عبدا » ليست فى ب .

(٦) فى ب كذا : « ولذ » .

(٧) « البائع » من ا و حـ .

(٨) فى حـ كذا : « فى القبض » .

(٩) كذا فى ب . وفى ا والأصل : « البيع » . وفى حـ : « المبيع » .

(١٠) فى حـ كذا : « فلم يبطل » .

(١١) « الشفعة » من ب و حـ .

(١٢) فى حـ و ا : « يكون إذنا بتسليم الشفعة » .

(١٣) فى ا : « فسكتت » . وفى حـ : « فسكت » .

وله نظائر[١] .

وفى بعض المواضع لا يكون السكوت رضا[٢] ، على ما عرف فى موضعه .

وكذلك[٣] إذا قال لعبده: «أد إلى ألفا فأنت[٤] حر[٥]» — فإنه يصير مأذونا . لأنه لا يقدر على الأداء إلا بالكسب ، فيكون إذنا له[٦] ، دلالة[٧].

وكذلك إذا كاتب عبده : يصير[٨] مأذونا[٩] ، لأنه جعله أحق بكسبه .

. . .

ثم الإذن بالتجارة **يصح ، معلقاً بشرط ، ومضافا إلى وقت** — بأن قال : «أذنت لك إلى[١٠] رأس الشهر» أو قال[١١]: «إذا جاء رأس الشهر[١٢]

---

(١) فى ا و حـ : « ونظائره كثيرة » . راجع الكاساني ، ٧ : ١٩٢ — ١٩٣ .

(٢) فى حـ كذا : « نصا » .

(٣) « وكذلك » ليست فى ا .

(٤) فى ب : « وأنت » .

(٥) فى حـ كذا : « حره » .

(٦) « له » من ا و ب و حـ .

(٧) « دلالة » ليست في حـ .

(٨) فى ب : « يكون » .

(٩) فى حـ كذا : « كانت عبده يصير مأذونه » . وفى ا : « كانت أمة يصير مأذونة » .

(١٠) « إلى » ليست في ا و ب و حـ .

(١١) « قال » ليست فى ا .

(١٢) « الشهر » ليست فى حـ .

فقدأذنت لك » ـ جاز ، لأن الإذن إسقاط لحق[١] نفسه ، والإسقاط يصح تعليقه[٢] بالأخطار[٣] .

وبمثله لو[٤] علق الحجر بالشرط : لايصح ، لأن الحجر فيه معنى الإثبات ، وإعادة الحق ، ولا[٥] يصح تعليق الإثبات[٦] بالشرط .

وأما بيان حكم الإذن،وما يملك المأذون[٧] وما لا يملكه ـ فنقول :

كل ما كان من التجارة ، وتوابع التجارة ، و[٨]ضروراتها ـ فإنه يملكه[٩] المأذون[١٠] ، ومالا فلا .

وله[١١] أن يستأجر إنسانا ليعمل معه ، أو مكانا ليحفظ فيه أمواله ، أو دوابا ليحمل[١٢] عليها أمتعته.

---

(١) في ب : « حق » . وفى حـ : « لحقه نفسه » .
(٢) فى ا و ب : « والإسقاطات يصح تعليقها » . وفى حـ كذا : « والإسقاطان يصح تعليقها » .
(٣) الراء فى « الأخطار » ليست فى ب .
(٤) فى ا و حـ : « وبمثله ولو » .
(٥) فى ا و ب : « فلا » .
(٦) فى ب : « فلا تصح الإثباتات » .
(٧) فى ا و حـ : « الإذن ومالا يملكه المأذون وما يملك » . وفى ب : « الإذن وما يملك المأذون ومالا يملك » .
(٨) الواو من ا و ب و حـ .
(٩) فى ب : « يملك » .
(١٠) « المأذون » من ا و حـ .
(١١) فى حـ و ا : « فله » . وفى ب : « وليس له » . وفى الكاسانى (٧ : ١٩٥ : ٢٤) مثل مافى المتن .
(١٢) فى ا و ب و حـ : « يحمل » .

وله أن يؤاجر ما اشترى من الدواب ، والرقيق .

وله أن يؤاجر نفسه أيضا .

ويصح منه الشراء [١] بالنقد والنسيئة ، وبالعروض ـ لأن ذلك معتاد للتجار [٢] .

ويملك البيع والشراء ، بغبن يسير ، بالإجماع . وأما بالغبن الفاحش: <ف> يملك أيضاً عند [٣] أبي حنيفة ، خلافاً لهما [٤] ، كما اختلفوا في الوكيل بالبيع المطلق [٥] إذا باع بغبن فاحش [٦] ـ إلا أن في [٧] الوكيل بالشراء بغبن فاحش: لا يجوز عند أبي حنيفة . وعندهما : يجوز [٨] . وفى المأذون : الشراء و [٩] البيع سواء : يجوز بغبن فاحش [١٠] عند أبي حنيفة ، لأن الوكيل متهم [١١] ، ولا تهمة ههنا .

---

(١) « الشراء » ليست في ا و حـ .
(٢) فى ا و ب و حـ : « للتجارة » .
(٣) في ا و حـ : « وبالغبن الفاحش أيضاً عند » . وفى ب : « وأما الغبن الفاحش أيضا يملك عند » .
(٤) فى ا و ب و حـ : « وعندهما لا يملك إلا بمثل (في حـ : مثل) القيمة » .
(٥) « المطلق » ليست فى ا و ب و حـ .
(٦) « إذا باع بغبن فاحش » من ا و حـ . وفى ب : « كما اختلفوا فى التوكيل بالبيع بغبن فاحش » .
(٧) « فى » ليست فى ب .
(٨) « وعندهما يجوز » من ا و ب . وفي حـ : « وعندهم » .
(٩) فى حـ : « أو » .
(١٠) « فاحش » ليست في ا .
(١١) فى ا و ب و حـ : « لأن ثمة متهم » . فليس فيها : « الوكيل » .

ويملك[١] تأخير[٢] الدين من ثمن مبيع[٣] ، أو < الـ > إقرار له بإتلاف كسبه ، ونحو ذلك .

والقرض لا يصح تأجيله منه ، كما لا يصح من الحر .

وأما الحط[٤] فلا[٥] يصح منه ، لكونه[٦] تبرعا[٧] .

وكذلك الإبراء ، و[٨] الكفالة ـ لأنه تبرع .

ويملك التصدق[٩] باليسير ، والضيافة اليسيرة ـ لأنها من ضرورات التجارة[١٠] ، عادة .

ولا يملك التصدق بالدرهم الكامل[١١] ، ولا الهبة[١٢] ، ولا الهدية ، ولا القرض .

وكذا لا يملك الكفالة بالنفس[١٣] ، ولا بالمال ، لأنها تبرع[١٤] .

---

(١) « ويملك » ليست فى ا و حـ .

(٢) في ا و حـ : « تأجيل » .

(٣) كذا فى حـ : « مبيع » . وفي الأصل و ا و ب : « ثمن بيع »

(٤) فى حـ كذا : « لحط » .

(٥) الفاء من ب .

(٦) « لكونه » ليست فى ا و ب و حـ .

(٧) « تبرعا » ليست فى ب .

(٨) « الإبراء و » ليست فى ب ففيها : « وكذلك الكفالة » . وفى ا و حـ : « وكذلك الإبراء : لا يصح منه ، وكذا الكفالة » .

(٩) فى ا و حـ : « التصرف اليسير » . وفى ب كذا : « الصدق » .

(١٠) فى ا و حـ : « التجار » .

(١١) كذا في ب . وفى الأصل : « بالدراهم الكامل » . وفى ا و حـ : « التصرف الكامل بالدراهم » .

(١٢) « ولا الهبة » ليست فى ب.

(١٣) فى ب : « لا بالنفس » .

(١٤) « لأنها تبرع» من ا و حـ . وفى ب : « لأنها من التبرع ».

ولا يملك أن يكاتب[١] ، وأن[٢] يعتق على مال ، لأنه ليس من التجارة .

ويملك أن يوكل بالبيع والشراء ، لأن هذا من عادة التجار ، فإنه[٣] لا يقدر أن[٤] يفعل ذلك كله[٥] بنفسه .

ويجوز له[٦] أن يتوكل[٧] عن غيره ، بالبيع ، بالاتفاق .

وهل يجوز أن يتوكل[٨] بالشراء عن غيره[٩] ؟ إن وكله بالشراء ، نقدا[١٠] ، ودفع الثمن إليه أولم يدفع : < ف > القياس أن لا يجوز ، لأنه يصير[١١] فى معنى الكفيل بالثمن . وفى الاستحسان : يجوز .

وإذا توكل < بـ > شراء عبد نسيئة[١٢] : لا يجوز الشراء عن الآمر ، ويصير مشترياً لنفسه ، لأنه يصير الثمن عليه ، والملك يقع لغيره ، وعليه

---

(١) فى ب : « كاتب » .
(٢) « ن » فى « وأن » ناقصة فى ب . وفى ا و حـ : « ولا » .
(٣) فى ا و حـ : « لأنه » .
(٤) فى ب : « لا يقدر على أن » .
(٥) « كله » ليست في ا .
(٦) « له » ليست فى ب و حـ .
(٧) فى ا و حـ : « يوكل » .
(٨) فى ا : « أن يوكل » .
(٩) « عن غيره » من ا و ب و حـ .
(١٠) فى ب و حـ : « نقد » . وفى ا كذا : « نفذ » ولعله تصحيف.
(١١) « يصير » ليست فى ب .
(١٢) فى ب و حـ : « وإذا توكل بالشراء عنه نسيئة » . وفى ا : « وإذا وكل بالشراء عنه نسيئة » .

التسليم إليه ، لأن الثمن مؤجل ، فيكون بمعنى[1] الكفالة . فأما إذا كان الشراء بالنقد ، < ف > لا يجب عليه التسليم إلى الآمر ، بل له أن يحبسه حتى يستوفى الثمن من الموكل ، فلا[2] يكون فى معنى الكفالة ، بل فى معنى البيع .

ويملك أن يأذن لعبيده فى التجارة[3] .

وله أن يعير[4] دوابه .

وله أن يودع ، ويقبل الوديعة — لأن هذا من صنيع التجار .

وله أن يدفع المال مضاربة ، ويأخذ المال من غير < ه > مضاربة ، ويشارك مع غيره شركة[5] عنان . ولا يجوز أن يشارك[6] شركة مفاوضة ، لأنها[7] تتضمن الكفالة ، ولا تصح منه الكفالة . وإذا[8] شارك شركة مفاوضة ، تنقلب شركة عنان[9] .

وهل يملك أن يكاتب عبدا من أكسابه[10] ؟ إن لم يكن عليه دين ، وأجاز المولى : جاز ، ويكون العبد مكاتبا لمولاه ، ويدفع بدل الكتابة

---

(١) فى ب : « فى معنى » .

(٢) فى ح : « ولا » .

(٣) كذا فى ب . وفى الأصل : « عبده للتجارة » . وفى ا و ح : « عبيده للتجارة » .

(٤) فى ا و ح كذا : « يغير » .

(٥) « شركة » ليست فى ب .

(٦) فى ب : « يشاركه » .

(٧) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « لأنه » .

(٨) فى ب : « ولو » .

(٩) راجع فى شركة المفاوضة والعنان ص ٤ وما بعدها من هذا الجزء .

(١٠) فى ح : « اكتسابه » .

إلى المولى، ويعتق، إلا إذا أذن المولى إياه بقبض بدل الكتابة[١].
وإن كان عليه دين: لا يصح، لأنه تعلق[٢] به حق الغرماء، فيكون[٣]
موقوفاً على إجازة المولى: فإن لم يجز المولى، ورد الكتابة: ينفسخ، وما
اكتسبه[٤] يصرف إلى دينه. وإن أجاز المولى الكتابة[٥]. وأمر
العبد[٦] بقبض بدل الكتابة: إن كان عليه دين مستغرق: لا تصح
الكتابة[٧]، لأن هذا إعتاق بشرط الأداء، والمولى لا يملك[٨]
كسب[٩] عبده المأذون إذا كان عليه دين مستغرق - فكذا هذا، ويباع
المكاتب في الدين[١٠]. وإن[١١] كان الدين غير مستغرق: يعتق العبد،
ويضمن المولى[١٢] قيمة[١٣] العبد للغرماء، لتعلق حقهم به، كما لو أعتقه[١٤]

---

(١) «إلا إذا أذن ... الكتابة» ليست في ب.

(٢) في ا: «تعليق».

(٣) في ا و ب و حـ: «ويكون».

(٤) في ا: «وأما ما اكتسبه». وفي حـ: «وأما ما كسبه العبد».

(٥) «وإن أجاز المولى الكتابة» ليست في ا و حـ.

(٦) في حـ: «العبيد».

(٧) «الكتابة» ليست في ا و حـ.

(٨) «بشرط الأداء والمولى لا يملك» ليست في ا.

(٩) في حـ و ب: «لا يملك إعتاق كسب». وانظر الهامش التالي

(١٠) في ب: «ويباع العبد في الدين». وفي ا: «ويباع ولو كاتب المولى من أكساب عبده المأذون يباع العبد في الدين». وفي حـ كذا: «أو يباع ولو كانت المولى من أكساب عبده المأذون يباع العبد في الدين» - وانظر الكاساني، ٧: ١٩٧.

(١١) في ب: «ولو».

(١٢) «المولى» ليست في ا و ب و حـ.

(١٣) «قيمة» ليست في ا و حـ.

(١٤) «للغرماء ... أعتقه» ليست في ب ومكانها فراغ.

ابتداء . وعندهما : تصح الكتابة ، كيفما كان ، كما يصح[١] الإعتاق ، كيفما كان[٢] ، والكسب الذى أداه المكاتب ، إلى العبد المأذون ، يدفع إلى الغرماء ، وإن فضل شىء فعلى مولاه ، لإتلاف حقهم ، بالإعتاق .

ولا يملك التسرى[٣] بجارية من أكسابه ، لأنه لا يملك حقيقة[٤] .

وليس له أن يتزوج ، لأنه ليس من التجارة . فإن أذن المولى ، جاز ، وعليه المهر بعد العتاق[٥] إن كان النكاح بغير إذن المولى . وإن كان بالإذن منه[٦] : يتعلق برقبته وكسبه ، لكن بعدما[٧] فضل من دين التجارة إن ثبت[٨] بإقرار المولى . فإن ثبت بالبينة : تحاص[٩] المرأة الغرماء بمهرها .

وليس له أن يزوج[١٠] عبده ، لأنه ليس من التجارة ، وفيه ضرر بالمولى .

---

(١) في ب : « صح » .
(٢) انظر الكاساني ، ٧ : ١٩٧ .
(٣) كذا في ا و ب . وفي الأصل كذا : « التسرى » . وفي حـ كذا : « الشرا » . وفي الكاساني (٧:١٩٧ : ١٣) : « ولا يتسرى جارية من أكسابه » . والتسرى من السر وهو الجماع (راجع المغرب) .
(٤) في ا : « حقيقته » .
(٥) في حـ و ا : « الإعتاق » .
(٦) « منه » من ا و حـ . وفي ب : « ولأن كان الإذن يتعلق » .
(٧) في ا : « لكن ما بعد » . وفي حـ : « ولكن ما بعد » .
(٨) في ا و حـ : « لأن الدين ثبت » .
(٩) في حـ : « تحاصص » . وتحاص الغريمان أو الغرماء اقتسموا المال بينهم حصصا (المغرب) .
(١٠) كذا في ا و ب و حـ وتشبه ذلك في الأصل .

وكذا ليس له أن يزوج أمته عندهما . وعند أبي يوسف : يملك ، لأنه تصرف نافع .

ويصح منه الإقرار ، على نفسه ، بالثمن ، والأجرة .

ولو[1] أقر بالغصب : <ف> إن كان معاينة ، فالضمان يتعلق برقبته ، لأنه من التجارة معنى ، فإنه يملك به[2] المغصوب .

وكذلك إذا جحد المضاربة ، والوديعة — لأنه بمعنى[3] الغصب .

. . .

ثم إذا ثبت تعلق الدين برقبة العبد[4] ، وكسبه — فإن الدين يقضى من الكسب أولا . فإن فضل من الدين شيء[5] ، أو لم يكن له[6] كسب أصلا[7] — فإن القاضي يبيع الرقبة إذا طلبه[8] الغرماء ، إلا إذا قضى المولى[9] دينه .

ولا يجوز من المولى بيع العبد إلا بإذن الغرماء ، أو بإذن القاضي ، أو بأن يقضى دينهم ، لأن ملكه قائم لكنه مشغول بحق الغرماء[10] .

---

(١) في ا و حـ : « وإن » .
(٢) « به » ليست في ب .
(٣) في ا و حـ : « لأنها في معنى » . وفي ب : « لأنها بمعنى » .
(٤) في ب : « برقبته » .
(٥) « من الدين شيء » من ا . وفي ب و حـ : « فإن فضل شيء » .
(٦) و (٧) « له » و « أصلا » من ا و ب و حـ .
(٨) في ب : « طالب » .
(٩) « المولى » ليست في ب .
(١٠) « أو بإذن القاضي ... الغرماء » ليست في ا و حـ .

ولو أعتقه المولى[١] : صح[٢] إعتاقه . لأنه ملكه ـ غير أنه[٣] إن كان عليه دين أقل من قيمته يقضى[٤] ديونه، وإن كانت ديونه أكثر من قيمته ، غرم قيمته ، وإن كثرت : فإن فضل شيء[٥] عن قيمته يؤاخذ العبد[٦] بعد العتاق[٧] .

و[٨] إن كان المأذون مدبرا ، أو[٩] أم ولد، ثم[١٠] أعتقه[١١] ـ جاز عتقه[١٢]، ولا ضمان للغرماء ، لأن حقهم غير متعلق بهما، لأنه لا يجوز بيعهما .

ولو أعتق عبد[١٣] عبده المأذون : إن كان عليه دين مستغرق : لا يصح إعتاقه ، عند أبي حنيفة ـ خلافا لهما . وإن كان غير مستغرق : يصح بالإجماع ، والمولى ضامن لقيمته[١٤] ، إن كان موسراً ؛ وإن كان معسرا ، فللغرماء أن يضمنوا[١٥] العبد ، ويرجع هو على المولى ، كما إذا أعتق العبد المرهون .

---

(١) في ا و حـ : « أعتق المولى العبد » .
(٢) في ا و ب و حـ : « يصح » .
(٣) « ملكه غير أنه » ليست في حـ .
(٤) في ب : « تقضى » .
(٥) « شيء » ليست في ا و حـ .
(٦) في ب : « يؤخذ الغرماء » .
(٧) في ا و حـ : « الإعتاق » .
(٨) « و » ليست في ب .
(٩) في ب : « و » .
(١٠) « ثم » ليست في حـ و ا .
(١١) « أعتقه » ليست في ا . ففيها : « أو أم ولد : جاز عتقه » .
(١٢) « عتقه » من ا و ب و حـ .
(١٣) « عبد » ليست في حـ .
(١٤) في ا و حـ : « بقيمته » .
(١٥) في حـ : « فالغرماء أن يضمن » .

فأما حكم الحجر ـ فنقول :

إن المولى يملك حجر العبد المأذون ، إذا كان حجرا مشهورا ، بأن يشتهر[١] ذلك[٢] فى السوق .

فأما إذا حجر فى بيته : <ف> لا يصح ، لأن فيه ضررا بالناس وغرورا .

ولو باعه ، ولا دين عليه : يصير محجورا ، لأنه صار ملك الغير ، فلا[٣] تبقى ولاية الأول عليه[٤] .

وكذا إذا كانت[٥] جارية ، فاستولدها المولى : صارت[٦] محجورا عليها[٧] ، دلالة منع المولى أم الولد عن الخروج إلى الأسواق .

وإن أغمى عليه : لم يصر محجورا ، استحسانا[٨] .

وفى الجنون : يصير محجورا[٩] .

وإذا أبق أو[١٠] ارتد : صار محجورا[١١] . وقال أبو يوسف : لا يصير محجورا .

---

(١) فى ا : « مشهوداً بأن أشهد » . وفى حـ : « بأن أشهر » .

(٢) « ذلك » من ا و ب و حـ .

(٣) فى ب : « ملكا لغيره ولا » .

(٤) « عليه » من ا و ب و حـ .

(٥) فى ب : « كاتب » .

(٦) التاء من ا و ب و حـ .

(٧) « عليها » من ا و حـ . وفى ب : « محجورة دلالة » .

(٨) و(٩) انظر الهامش بعد التالى .

(١٠) فى ا و حـ : « و » .

(١١) « استحسانا ... أو ارتد صار محجوراً » ليست في ب .

وإذا دبر المأذون: لا يصير محجورا، لأنه يمكنه التصرف مع التدبير.

. .

وإذا[١] صح الحجر: < ف > لا يملك التصرف، بعده، فى حق المولى.

ولو أقر بشىء من حقوق الأموال: فإنه لا يلزم مولاه، ولا يتعلق برقبته، لكن يؤاخذ[٢] بعد العتاق[٣].

وإذا كان فى يده شىء من الأكساب، وعليه دين[٤]: فإنه لا يصح حجره فى حقها. وليس المولى أن يستردها[٥]، لتعلق[٦] حق الغرماء به[٧].

ولو جنى المأذون جنايات: فإنه يقتص فيما يجب فيه القصاص، والدفع أو[٨] الفداء فيما لا يجب فيه القصاص. والمأذون وغير المأذون فى ذلك سواء — وقد ذكرنا هذا فى كتاب الديات، فلا نعيده[٩] و[١٠].

---

(١) فى حـ: «وإن».

(٢) فى ب: «يوخذ».

(٣) فى ا و حـ: «الإعتاق».

(٤) «وعليه دين» ليست فى ا و ب و حـ.

(٥) فى ب و ا: «يسترد». وفى حـ: «يسترده».

(٦) فى ا كذا: «المعاق».

(٧) «به» ليست فى ا و ب و حـ. ولعل الصحيح: «بها» — قال الكاسانى (٧: ٢٠٧: ٢٣ — ٢٤): «ولو ظهر عليه دين بالبينة أو المعاينة وفى يده كسب فحجره المولى: لا سبيل المولى على الكسب لأن حق الغرماء متعلق به».

(٨) كذا فى حـ و ا: «أو». وفى الأصل و ب: «و».

(٩) «فلا نعيده» ليست فى ا و حـ. راجع فيما تقدم ص ١٧٣ — ١٨٠.

(١٠) زاد فى ب: «والله تعالى أعلم».

قال [١] :

يحتاج إلى :

تفسير الجهاد ،

وإلى بيان كيفية فرض الجهاد ،

وإلى بيان من يفترض عليه ،

وإلى بيان ما يجب حال شهود الوقعة [٢] ،

وإلى بيان أحكام [٣] الأنفال [٤] والغنائم ،

وإلى بيان حكم الجزية [٥] ،

وإلى بيان أحكام أهل الردة .

وإلى بيان أحكام البغاة ، ونحو ذلك [٦] .

---

(١) في ب : « قال الشيخ الإمام رحمه الله » . وفى ا و حـ : « قال رحمه الله » .

(٢) الوقعة الصدمة فى الحرب (المنجد) أى المعركة .

(٣) « أحكام » ليست في ب .

(٤) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « الأعمال » . وسيأتى فيما بعد (ص ٥٠٨ — ٥١٠) معنى النفل والغنيمة والفيء .

(٥) فى ا و حـ كذا : « الحرية » . وفى ب : « الحربة » . انظر الهامش التالى .

(٦) « ذلك » من ا و ب و حـ . ويلاحظ أنه عقد بابا خاصا لأخذ الجزية وحكم المرتدين وبابا خاصا لأحكام البغاة .

أما تفسير الجهاد

فهو الدعاء إلى الدين الحق ، والقتال ، مع[١] من امتنع[٢] عن[٣] القبول ، بالمال والنفس ـ قال الله تعالى : « انفروا خفافا وثقالا وجاهدوا بأموالكم وأنفسكم (الآية) »[٤] وقال : « إن الله اشترى من المؤمنين (الآية) »[٥] .

وأما بيان كيفية[٦] فرضه ـ فنقول :

إنه فرض كفاية ، لا فرض عين . ونعنى[٧] به أنه[٨] إذا لم يقم به البعض من أهل[٩] الثغور وغيرهم ممن هو يقرب منهم[١٠] ، فإنه يفرض[١١] على جميع الناس ، ممن له[١٢] قدرة عليه ، إما بالنفس أو بالمال .

---

(١) « مع » من ا و ب و حـ . وفى الأصل : « على » .
(٢) فى ب و حـ : « والقتال مع الذى امتنع » . وفى ا : « والقتال مع الذين امتنعوا » .
(٣) فى ب : « من » .
(٤) التوبة : ٤١ ، والآية : « انفروا خفافاً وثقالا وجاهدوا بأموالكم وأنفسكم فى سبيل الله ذلكم خير لكم إن كنتم تعلمون » .
(٥) التوبة : ١١١ والآية : « إن الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم بأن لهم الجنة يقاتلون فى سبيل الله فيقتلون ويقتلون وعدا عليه حقا فى التوراة والإنجيل والقرآن ومن أوفى بعهده من الله فاستبشروا ببيعكم الذى بايعتم به وذلك هو الفوز العظيم » وهذه الآية ليست فى ا و حـ .
(٦) « كيفية » ليست فى ا و حـ .
(٧) فى ب : « وعنى » .
(٨) « أنه » ليست فى ب .
(٩) « أهل » ليست فى ا و حـ . انظر فيما يلى الهامش ٢ ص ٥٠٠
(١٠) « ممن هو يقرب منهم » من ا و حـ . انظر فيما يلى الهامش ٢ ص ٥٠٠
(١١) فى ا و حـ : « يفترض » . » » » » »
(١٢) فى ا و حـ : « من لهم » . » » » » »

فإذا[١] قام به البعض[٢]، سقط عن الباقين، لأن المقصود ـ و[٣] هو دفع شر الكفرة، والدعاء إلى دين[٤] الإسلام ـ يحصل[٥] بالبعض، فما لم يتعين البعض، يجب[٦] على الكل، وإذا تعين البعض، سقط عن الباقين.

ولهذا قلنا ـ إذا كان النفير عاما: يجب على العبد أن يخرج بغير إذن المولى[٧]، وعلى المرأة القادرة عليه[٨] أن تخرج بغير إذن زوجها، وعلى الولد أن يخرج بغير إذن الوالدين[٩]، أو أحدهما، إذا كان الآخر ميتا. فأما إذا قام به البعض: < فـ > لا يجوز لهؤلاء أن يخرجوا إلا بالإذن[١٠].

وأما بيان ما يجب حال شهود الوقعة ـ فنقول:

إذا لقي الغزاة قوما من الكفار ـ فإن لم تبلغهم[١١] الدعوة أصلا، ينبغي أن يدعوهم إلى الإسلام أولا[١٢]. فإن أبوا، فإلى الذمة[١٣]. فإن

---

(١) في ا و حـ: «فأما إذا».
(٢) «من أهل الثغور ... به البعض» ليست في ب.
(٣) «و» ليست في حـ و ب ففيهما: «المقصود هو». انظر فيما بعد الهامش ٥
(٤) «دين» من ا.
(٥) في ا و ب و حـ: «وذلك يحصل». راجع فيما تقدم الهامش ٣
(٦) في ا و حـ: «فيجب».
(٧) في ا و ب و حـ: «مولاه».
(٨) «عليه» من ب و حـ. وفي ا: «عليها».
(٩) في ا و ب و حـ: «وعلى الولد (في ا: والولد) بغير إذن أبويه».
(١٠) في ا و ب و حـ: «بإذن».
(١١) كذا في ب. وفي الأصل و ا و حـ: «يبلغهم».
(١٢) «أولا» ليست في ب.
(١٣) في ا: «فإن أبوا، فأداء الجزية».

أبوا فحينئذ[١] يقاتلونهم[٢].

فأما إذا بلغتهم[٣] الدعوة، فالأولى[٤] البداءة[٥] بالدعاء إلى الإسلام. فإن بدأنا[٦] بالقتال والإغارة والبيات[٧] عليهم، فلا بأس بذلك، لأنه قد توجه[٨] عليهم الخطاب بالإيمان[٩]، باتفاق الأمة[١٠].

فإن سمع رجلا قال: «لا إله إلا الله» أو قال: «أشهد أن محمدا رسول الله»[١١] - فإن كان من عبدة الأوثان أو من الثنوية أو من الدهرية[١٢]: فإنه لا يباح[١٣] قتله لأنه أتى بالتوحيد. وإن كان من أهل الكتاب: فإتيان الشهادتين لا يكفي[١٤]، ما لم يتبرأ من دين اليهودية والنصرانية.

وكذا إذا قال: «أنا مسلم» أو «مؤمن» أو «أنا[١٥] مصل[١٦]»،

---

(١) الفاء من ا.

(٢) في ا و حـ: «يقاتلهم». وفي ب: «يقاتلوهم».

(٣) كذا في ا و ب و حـ: «بلغتهم». وفي الأصل: «بلغهم».

(٤) في ب كذا: «فأولا». وفي الكاساني (٧: ١٠٠: ١٥) أنه «الأفضل».

(٥) في الأصل و ا و ب و حـ: «البداية». والصحيح: «البداءة». راجع الهامش ٩ ص ١٧ حـ ١

(٦) في ب: «بدونا». وفي الأصل و ا و حـ كذا: «بدوا» - (راجع المغرب)

(٧) «والبيات» ليست في حـ. والبيات بالفتح الإغارة ليلا وهو اسم من بيته تبييتا وبيّت الأمر دبره ليلا وبات تأتي في الأعم الأغلب بمعنى فعل ذلك الفعل بالليل (المصباح).

(٨) في ا و حـ: «وجب». وفي ب: «يوجه». (٩) في ا و حـ: «الإيمان بالخطاب».

(١٠) في ب: «بالاتفاق». (١١) في ب: «قال: لا إله إلا الله محمد رسول الله».

(١٢) في حـ: «الثنوية والدهرية». والثنوية الذين يزعمون أن النور والظلمة أزليان قديمان والدهرية الذين لا يثبتون معقولا (انظر في تفصيل ذلك: الشهرستاني، الملل والنحل).

(١٣) في ب: «لا يبلغ»

(١٤) كذا في ب. وفي الأصل: «لا يكتفى». وفي ا و حـ: «فبإتيان الشهادتين لا يصير مسلما ما لم».

(١٥) «أنا» ليست في ب. (١٦) في الأصل و ا و ب و حـ: «مصلي».

لأنهم يعتقدون أن دينهم إسلام[١] ، وأن لهم شرائع وصلاة .

وإذا[٢] قال : « أنا صليت مع المسلمين بجماعة » أو[٣] : « أنا على دين محمد » ـ، لا يباح قتله، لأن ذلك دلالة الإسلام .

. . .

ثم الغزاة لهم أن يقتلوا[٤] : كل من كان من أهل القتال ، وكل من قاتل ، وإن لم يكن من أهل القتال فى الجملة ، نحو الصبيان ، والمجانين ، والرهابين[٥] ، والشيوخ الهَرْمى[٦] . فأما إذا[٧] لم يقاتلوا : فلا يباح قتل هؤلاء .

وأما الرهابين : < ف >إن كانوا لا يخالطون الناس: فكذلك . وإن كانوا[٨] يخالطون الناس[٩] أو[١٠] يدلون على عورات[١١]

---

(١) فى ا و حـ : « يعتقدون دينهم الإسلام » .

(٢) فى ب و حـ :« وكذا إذا » .

(٣) فى ب : « و » . وفى حـ : « وكذا إذا صليت بجماعة أو » .وفى ا : « وإذا صلى مع المسلمين بجماعة أو قال : أنا».وفى الأصل : « لجماعة » .

(٤) فى حـ : « يقاتلوا » .

(٥) فى ا و حـ : « والرهبان » . وفى المصباح : « والراهب عابد النصارى من ذلك والجمع رُهْبان وربما قيل رهابين » .

(٦) فى ب :« والهرمى ». ومكتوبة فى ب كذا :« والهرما » . وفى المصباح :« وشيوخ هَرْمى » .

(٧) فى حـ :« الهرمي فإذا لم » . وفي ا : « الهرمى إذا لم »

(٨) في ا كذا :« فلا يباح قتل هؤلا إذا لم يخالطون الناس وإن كانوا يخالطون » .

(٩) « الناس » من ا و ب و حـ .

(١٠) فى ا و حـ : « و ».

(١١) فى ا كذا : « غراة » . وفى حـ كذا : « غرات » .

المسلمين[1] : < ف > يباح قتلهم .

ولا بأس أن[2] يحرقوا حصونهم بالنار ، ويغرقوها[3] بالماء ، وينصبوا[4] المجانيق[5] على حصونهم ، ويهدموها[6] عليهم ، وأن يرموها[7] بالنبال[8] ، وإن علموا أن فيهم أُسارى المسلمين والتجار ، لأن فيه[9] ضرورة .

وكذا إذا تترسوا بأطفال المسلمين وبأُساراهم[10] ، لكن ينبغي أن يقصدوا به قتل[11] الكفار دون المسلمين ، لما فيه من ضرورة إقامة الفرض عليهم[12] .

ثم إذا ظفر الغزاة بهم[13] ، فلا بأس بأن يقتل[14] المقاتلة منهم من

(١) « المسلمين » ليست في ا .

(٢) في ا و ب و ح : « بأن » .

(٣) في ب : « ويغرقونها » . وفي ا : « وأن يغرقوها » .

(٤) في ح : « ويصبوا » . وفي ا : « ونصبوا » .

(٥) في ا و ب وح : « المنجنيق » . والمجانيق جمع منجنيق وهي التي يرمي بها الحجارة - معربة من الفارسية (الميداني على القدوري ، ٣ : ١٣١) .

(٦) في ب : « ويهدمونها » .

(٧) في ا و ح : « يرموهم » .

(٨) النبال السهام العربية (المصباح) .

(٩) في ا و ح : « فيهم » .

(١٠) كذا في ب . وفي ا : « وبأسراهم » . وفي الأصل و ح كذا : « وبأساريهم » . وفي المصباح : « وجمع الأسير أسرى وأسارى بالضم » .

(١١) « قتل » ليست في ب .

(١٢) « لما ... عليهم » ليست في ب . و « عليهم » ليست في ح . و « الفرض عليهم » ليست في ا .

(١٣) في ب : « ظفروا بهم » .

(١٤) في ا و ح : « أن يقتلوا » .

كان مقاتلا[١] ، سوى الصبي[٢] والمجنون : فإنه لا يباح قتلهما[٣] بعد الفراغ من القتال ، لأنهما ليسا[٤] من أهل القتل ليكون[٥] جزاء على قتالهما[٦] ، إلا إذا كان الصبي أو[٧] المعتوه ملكاً ، فلا بأس بقتلهما ، كسراً لشوكتهما[٨] ، ويباح ، في حالة القتال ، لدفع الشر .

وأما الشيوخ ، والرهابين ، والنسوان - إذا قاتلوا : <ف> يباح[٩] قتلهم : بعد الفراغ أيضاً ، جزاء على قتالهم[١٠] ، إلا إذا كانت المرأة[١١] ملكة : فيباح[١٢] قتلها ، وإن لم تقاتل .

وينبغي[١٣] لهم أن يخرجوا إلى دار الإسلام نساءهم[١٤] ، وصبيانهم ،

---

(١) « مقاتلا » من ا .

(٢) في حـ : « سوى صبي » .

(٣) في ب : « قتالهم » .

(٤) في ا و حـ : « لأنهم ليسوا » .

(٥) « ليكون » من ا و حـ .

(٦) في ب : « من أهل القتل زجرا على قتالهم » . وفي حـ كذا : « من أهل القتل ليكون جزؤا على قتالهم » . وفي ا : « من أهل القتل ليكون جزاء على قتالهم » .

(٧) في ا و ب و حـ : « و » .

(٨) في ا و ب و حـ : « لشوكتهم » .

(٩) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « لا يباح » - والصحيح ما في المتن - انظر ابن الهمام ، ٤ : ٢٩٢ . والكاساني ، ٧ : ١٠١ : ١٠ من أسفل .

(١٠) في ا و ب و حـ : « قتالهم » .

(١١) « المرأة » من ا .

(١٢) في ا و حـ : « يباح » .

(١٣) في حـ : « ينبغي » .

(١٤) كذا في ا . وفي ب : « نساهم » . وفي حـ : « نسائهم » . وفي الأصل : « ونساهم » .

ويسترقوهم[١] ، لما فيه من منفعة المسلمين[٢] ولا ينبغي أن يتركوهم في دار الحرب، لما فيه من ضرر بالمسلمين[٣] .

وأما الشيخ الفانى الذى لا قتال عنده ، ولا < يقدر > أن يلقح[٤] لكن يمكن أن[٥] يفادى[٦] به - فإن شاءوا : تركوه، وإن شاءوا[٧] : أخرجوه ، على قول من يرى مفاداة الأسير[٨] بالأسير ، وعلى قول من لا يرى : يتركونه[٩] في دارهم ، لأنه لا فائدة فيه .

وكذا في العجوز[١٠] الكبيرة التي لا تلد .

ولا ينبغى للغزاة أن يفر واحد[١١] من اثنين منهم . والحاصل أن الأمر مبنى[١٢] على غالب الظن : فإن غلب فى ظن[١٣] المقاتل أنه

---

(١) كذا في ا . وفي الأصل و ب : « ويسترقونهم » . وفي حـ : « ويسترقون » .

(٢) في ا : « لما فيهم منفعة للمسلمين » .

(٣) « ولا ينبغى ... بالمسلمين » من ا و ب و حـ .

(٤) كذا في ا و حـ . و في ب : « يلفح ». وفي الأصل : « يقاح » . وفي الكاسانى (٧ : ١٠٢ : ٥) : « وإن كان ممن لا يولد له ولد كالشيخ الفانى الذى لا قتال عنده ولا القاح . » .

(٥) « أن » ليست في ا .

(٦) في حـ كذا : « يقادى » .

(٧) في ب كذا : « شا » .

(٨) في حـ كذا : « مقادة الأيسر » .

(٩) في ا و حـ : « يتركوهم » . وفي ب : « يتركونهم » .

(١٠) في حـ و ا : « العجوزة » . وفي القرآن الكريم (هود : ٧٢) : « قالت يا ويلتى أألد وأنا عجوز وهذا بعلى شيخا » .

(١١) في حـ كذا : « إن نفروا من » . وفي ب كذا: « أن يفز » . وفي ا : « للغازى أن يفر من » .

(١٢) في ب : « يبنى » .

(١٣) في ا : « على ظن » .

يغلب[١] ويقتل : فلا بأس بأن يفر[٢] منهم ، ولا عبرة بالعدد ، حتى إن الواحد ، إذا لم يكن معه سلاح ، فلا بأس بأن يفر[٣] من اثنين معهما السلاح أو من الواحد الذى معه سلاح[٤] .

. . .

ثم الغزاة هل لهم أن يؤمنوا الكفرة ؟ إن كان عندهم أن القوة[٥] للكفرة: يجب أن يؤمنوا[٦] حتى يتقووا[٧] ، ثم يخبروهم[٨] بنقض الأمان ، ويشتغلوا بالقتال ، لأن الأمان[٩] في هذه الحالة في معنى القتال .

ثم أمان الواحد الحر ، أو العبد المقاتل ، أو المرأة[١٠] - صحيح ، بلا خلاف .

فأما أمان[١١] العبد المحجور : فلا[١٢] يصح عندهما ، وعند محمد

---

(١) « الظن فإن غلب ... يغلب » ليست في حـ . وموضعها فيها بياض .

(٢) و (٣) في ا و حـ كذا : « إن نفر » .

(٤) « أو من الواحد ... سلاح » من ا و حـ . وهى فى ب إلا أن في ب : « معه السلاح » .

(٥) فى ب : « الكفرة وإن كانوا عندهم القوة » .

(٦) فى ا و حـ : « للكفرة يجوز لهم أن يؤمنوهم » .

(٧) فى ب : « يقووا » . وفى حـ كذا : « يتقوا » .

(٨) فى ا و حـ : « يخبرونهم » .

(٩) في حـ : « الإيمان » .

(١٠) فى ب : « العبد القاتل والمرأة » . وفى ا : « أو العبد المملوك للمقاتل أو من المرأة »

(١١) « أمان » ليست في ب .

(١٢) الفاء من ب .

والشافعي [١] : يصح — والمسألة معروفة .

وأما أمان الصبي المراهق : < ف > لا يصح عندهم . وعند محمد : يصح .

وأجمعوا أنه لا يجوز أمان التاجر في دار الحرب ، ولا الأسير فيها ، ولا أمان المسلم الذي لم يهاجر إلينا ، ولا [٢] أمان الذمي المقاتل معهم ، لأنهم متهمون في ذلك .

فأما المسلم الحر : < ف > يستوي فيه الأعمى والمريض [٣] والشيخ الكبير [٤] ، لأن هؤلاء من أهل الرأي .

. . .

ثم بعد صحة الأمان ، للإمام [٥] **أن ينقض** ، إذا رأى المصلحة فيه ، لكن يخبرهم بذلك ، ثم يقاتلهم ، حتى لا يكون تغريرا لهم [٦] .

. . .

وكذا الجواب في **الموادعة** ، وهو الصلح على ترك القتال ، مدة ، بمال أو بغير مال : تجوز من الإمام إن رأى المصلحة [٧] ، ثم يخبرهم

---

(١) في ا و ب و حـ : « .. عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي : يصح » . وما في المتن مثل ما في الكاساني (٧ : ١٠٦ : ١٧) حيث قال : « وهل يصح أمان العبد المحجور عن القتال ؟ اختلف فيه : قال أبو حنيفة عليه الرحمة وأبو يوسف رحمه الله : لا يصح . وقال محمد رحمه الله : يصح — وهو قول الشافعي رحمه الله » .

(٢) « لا » من ا و ب و حـ .

(٣) في حـ : « الأعمى المريض » .

(٤) « الكبير » ليست في ا و حـ .

(٥) في حـ : « الإمام » .

(٦) في ا و حـ : « تغريرا منه » اهـ . وفي ب كذا : « تغزيرا منهم » .

(٧) في ب : « المصلحة فيه » .

بالنقض ، وينقض حتى لا يكون تغريرا[١] . وما أخذ من المال[٢] ، إن لم يتم[٣] المدة ، يرد إليهم بقدره .

وكذلك الموادعة فى حق المرتدين ، وأهل البغى : جائزة[٤] إذا كان فيه مصلحة ، لأن هذا[٥] بمنزلة الأمان[٦] .

وهذا إذا كان الصلح على أن يكونوا على حكم الكفر .

ولو صالحوا ، على[٧] أن يكونوا على أحكام المسلمين ، فإنهم يصيرون ذمة ، ولا يجوز لنا نقض ذلك ، كعقد الذمة[٨] .

وأما أحكام الأنفال، والغنائم[٩] – < فنقول > :

هنا[١٠] ثلاثة أشياء : النفل ، والغنيمة ، والفىء .

أما النفل: < ف > ما خصه الإمام ، لبعض[١١] الغزاة، تحريضا لهم[١٢]

---

(١) « حتى لا يكون تغريرا » من ب .

(٢) فى ا : « وأما الأخذ من المال » . وفى ح : « وأما من المال ... » .

(٣) في ب : « تتم » .

(٤) التاء من ا و ب و ح .

(٥) فى ا و ب و ح : « هذه » .

(٦) فى ا و ح : « الإمام » .

(٧) في ا و ب و ح : « ولو صالحناهم بمال على ... » .

(٨) في ا و ب : « ولا يجوز لنا أن ننقض ذلك كعقد الذمة سواء » . وفي ح كذا : « ولا يجوز لنا أن ينقض ذلك العقد كعقد الذمة سواء » .

(٩) « والغنائم » ليست فى ب .

(١٠) فى ا و ب و ح : « ههنا » .

(١١) فى ح : « أما النفل حصة الأنفال لبعض » .

(١٢) فى ا : « له » .

على القتال ، لزيادة قوة وجرأة منهم[١] ـ بأن قال : « من قتل قتيلاً فله سَلَبه[٢] » ، أو قال لِسَرِيّة[٣] : « ما أصبتم فهو لكم » ، أو قال لأحد[٤] معين : « ما أصبت فهو لك » ـ فإنه مختص[٥] به ، ويثبت الملك له في[٦] النفل ، ولا يشاركـ[٧] فيه غيره من الغزاة . والسَّلَب عبارة عن ثياب المقتول ، و[٨] سلاحه ، التي[٩] معه ، ودابته التي عليها سرجها ، وآلاتها[١٠] ، وما عليها من الحقيبة التي فيها الأموال[١١] ، وما على المقتول[١٢] من[١٣] الكيس الذي فيه الدراهم[١٤] . فأما ما يكون مع غلامه على فرس آخر ، وأمواله التي على دابة أخرى ـ فذلك من الغنيمة : يشترك فيه الغزاة كلهم[١٥] ـ وهذا عندنا .

---

(١) في ح : « وحركة منه » . وفي ا : « وجرأة منه » و « منهم » ليست في ب .

(٢) السلب مفرد أسلاب وهو ما يسلب ، قال في البارع : وكل شيء على الإنسان من لباس فهو سلب (المصباح) .

(٣) السرية قطعة من الجيش (المصباح) . وفي ا : « للسرية » .

(٤) في ا و ب و ح : « لواحد » .

(٥) في ب : « يختص » . وفي ا و ح : « تختص » .

(٦) في ب : « من » .

(٧) في ا و ب و ح : « ولا يشاركه » .

(٨) « و » ليست في ح .

(٩) في ب : « الذي » .

(١٠) في ح و ا : « وآلتها » . وفي ب كذا : « والانها » .

(١١) كذا في ح . وفي الأصل و ا و ب : « من الأموال » .

(١٢) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « القاتل » . وفي ب : « أو ما على المقتول » .

(١٣) « من » ليست في ا و ح .

(١٤) في ب : « درهم » .

(١٥) « فيه الغزاة كلهم » ليست في ح وموضعها فيها بياض .

وعند الشافعي : السَّلَب للقاتل ، وإن لم ينص عليه الإمام — وهى مسألة[1] معروفة .

وأما الفيء : فما حصل من غير مقاتلة — فهو خاص لرسوله عليه السلام ، فيتصرف[2] فيه رسول الله صلى الله عليه كيف شاء — قال الله تعالى: « وما أفاء الله على رسوله منهم فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب ولكن الله يسلط رسله على من يشاء »[3] .

وأما الغنائم : فهو اسم لما يؤخذ ، من أموال الكفرة ، بقوة[4] الغزاة ، وقهر الكفرة[5] ، بسبب القتال[6] ، بإذن الإمام.

---

(١) « مسألة » ليست في ا .

(٢) كذا في ب . وفي الأصل و ا و حـ : « فهو خاص لرسوله عليه السلام (وفي ا و حـ و ب : لرسول الله صلى الله عليه وسلم) والخمس لأربابه المذكورين يتصرف ... الخ » . وفي الكاساني مثلها في ب . قال (٧ : ١١٦ : ١) :« وأما الفيء فهو اسم لما لم يوجف عليه المسلمون بخيل ولا ركاب نحو الأموال المبعوثة بالرسالة إلى إمام المسلمين . والأموال المأخوذة على موادعة أهل الحرب ، ولا خمس فيه لأنه ليس بغنيمة إذ هي المأخوذ من الكفرة على سبيل القهر والغلبة ولم يوجد وقد كان الفيء لرسول الله صلى الله عليه وسلم خاصة يتصرف فيه كيف شاء : يختصه لنفسه ، أو يفرقه فيمن شاء » .

(٣) الحشر : ٦ وهى وما بعدها ٧ : « وما أفاء الله على رسوله منهم فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب ولكن الله يسلط رسله على من يشاء والله على كل شيء قدير . ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كى لا يكون دولة بين الأغنياء منكم وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا واتقوا الله إن الله شديد العقاب » .

(٤) فى حـ كذا : « نفره » .

(٥) « وقهر الكفرة » وردت فى ب فى هذا الموضع . وفى الأصل و ا و حـ وردت بعد قوله الآتى : « بإذن الإمام » .

(٦) «القتال» من ا و حـ . وفى ب :« القتل » .

ويتعلق بالغنائم أحكام :

منها — حكم[١] ثبوت الحق والملك فيها — فنقول :

هذا[٢] أقسام ثلاثة :

أحدها — أن يتعلق حق التملك[٣]، أو حق[٤] الملك، للغزاة، بنفس الأخذ والاستيلاء. ولا يثبت به الملك قبل الإحراز بدار الإسلام عندنا[٥] — خلافاً للشافعي : فإن عنده، في قول[٦] : يثبت الملك بنفس الأخذ[٧]. وفي قول[٨] : بعد الفراغ من القتال، وانهزام العدو.

ويبتنى[٩] على هذا[١٠] الأصل فروع :

منها — أن الإمام إذا باع شيئاً من الغنائم، لا لحاجة الغزاة، أو باع واحد من الغزاة : فإنه لا يصح عندنا، لعدم الملك.

وكذا لو أتلف واحد من الغزاة[١١] في دار الحرب : فإنه

---

(١) « حكم » ليست في ا و حـ.

(٢) في ا و ب و حـ : « هذا على ».

(٣) في ا و ب و حـ : « التمليك ».

(٤) في ا و حـ : « و ».

(٥) كذا في ا و حـ. وفي الأصل : « ولا يثبت بسبب القتال بإذن الإمام عندنا ». راجع الصفحة السابقة. وانظر الكاساني ٧ : ١٢١ : ١٣ وما بعده.

(٦) « في قول » ليست في ا و حـ.

(٧) « والاستيلاء .. بنفس الأخذ » ليست في ب.

(٨) في حـ : « قوله ».

(٩) في ب : « ومبنى ».

(١٠) « هذا » ليست في ا و حـ.

(١١) « فإنه لا يصح عندنا ... واحد من الغزاة » ليست في ا و حـ. وفي ب كذا : واحدا من الغزاة ».

لا يضمن[١] .

ولو مات واحد من الغزاة[٢] : لا يورث سهمه .

ولو لحق المدد الجيش ، قبل القسمة ، فى دار الحرب : يشاركونهم فى القسمة[٣] .

ولو قسم الإمام في دار الحرب ، لا مجتهداً ولا[٤] باعتبار حاجة الغزاة[٥] : فإنه لا يصح القسمة عندنا .

وعند الشافعى : يصح[٦] بخلاف ذلك فى الفصول ـ والمسألة معروفة .

وأما بيان ثبوت الحق ـ فإن[٧] الأسير إذا أسلم قبل الإحراز بدار الإسلام : فإنه لا يكون حرا . ولو أسلم قبل الأخذ : يكون حرا ، لما أنه يتعلق[٨] به حق الغزاة، بالأخذ[٩] .

وكذلك لو أسلم أرباب الأموال قبل الإحراز ، بدار الإسلام : فإنهم لا يختصون[١٠] بأموالهم[١١] ، بل هم من جملة الغزاة فى الاستحقاق ،

---

(١) قال ابن الهمام في الفتح (٤ : ٣١٠) : « وفي التحفة : او أتلف واحد من الغزاة شيئا من الغنيمة : لا يضمن ،عندنا » .

(٢) « الغزاة » ليست في حـ .

(٣) فى ا وب و حـ : « في الغنيمة » .

(٤) في ا و حـ : « في دار الحرب مجتهدا لا باعتبار » .

(٥) أى « مجازفاً غير مجتهد ولا معتقد جواز القسمة » الكاسانى ، ٧ : ١٢١ : ٢١ .

(٦) « يصح »من ا و ب و حـ وفيها : « يصح بخلاف ما ذكرنا في هذه الفصول ... » .

(٧) في ا و حـ :« و يان ثبوت الحق أن » .

(٨) في ا و ب و حـ : « تعلق » .

(٩) « بالأخذ » ليست في ب .

(١٠) في ب كذا : « لا يحصون » . (١١) في حـ : « أموالهم » .

بسبب الشركة فى[١] الإحراز بدار الاسلام ، بمنزلة المدد[٢] .

وكذا ليس لواحد من الغزاة ، أن يأخذ شيئا من الغنائم ، من غير حاجة ، ولو لم يثبت الحق كان[٣] بمنزلة المباح .

والقسم الثانى[٤] - بعد الإحراز ، بدار الإسلام، قبل القسمة : فإن حق الملك يتأكد ويستقر ، ولكن لا يثبت الملك أيضاً .

ولهذا قالوا : لو[٥] مات واحد منهم ، يورث نصيبه . ولو قسم الإمام ، أو باع - جاز . ولو لحقهم مدد لا يشاركونهم[٦] ، ويضمن المتلف[٧] ، ولكن الملك لا يثبت ، حتى لو أعتق واحد من الغزاة عبدا من عبيد الغنيمة : لا يعتق ، لأنه لا[٨] يثبت الملك الخاص إلا بالقسمة .

والقسم الثالث - بعد القسمة[٩] : يثبت الملك الخاص، لكل واحد ،

---

(١) في ا و ح : « من » .

(٢) « المدد » ليست في ا .

(٣) كذا في ا و ح . وفى الأصل و ب : « فيكون » .

(٤) « الثانى » ليست فى ح .

(٥) فى ح : « قال : لو» . وفى ب : « ولهذا كما لو » . انظر الهامش بعد التالي .

(٦) فى ا و ب : « لا يشاركون » . وفى ح : « ولو لحقهم المدد ولا يشاركون » .

(٧) قال ابن الهمام فى الفتح (٤ : ٣١٠) : « قال (أى فى التحفة كما تقدم - راجع الهامش ١ ص ٥١٢) : وبعد الإحراز بدار الإسلام يتأكد حق الملك ويستقر . ولهذا قالوا : لو مات واحد من الغزاة يورث نصيبه . ولو باع الإمام جاز . ولو لحقهم المدد لا يشاركون ويضمن المتلف ، وهذا المذكور فى التحفة ماش مع ما فى المبسوط » .

(٨) فى ا و ح : « لم » .

(٩) « بعد القسمة » ليست في ح .

فيما هو نصيبه[١] .

فأما حكم الطعام والعلف في دار الحرب ـ فنقول[٢] :

لا بأس[٣] بتناول الطعام والعلف ، لعموم الحاجة ، سواء كان المتناول غنياً أو فقيرا ، من غير ضمان ، لأن[٤] في إلزام الغنى حمل[٥] الطعام والعلف ، مع نفسه[٦] ، مدة ذهابه وإيابه[٧] ومقامه ، في دار الحرب ، حرجاً عظيماً .

وإذا كان محرزا بدار الإسلام: لا يباح التناول ، بغير[٨] ضمان .

وما فضل من الطعام والعلف ، بعد الإحراز ، قبل القسمة ـ فإنه يرد إلى الغنيمة إن كان غنياً ، وإن كان فقيرا يأكل بالضمان . وإن كان بعد القسمة ، فإنه يرد ثمنه[٩] إلى الفقراء[١٠] .

وإن[١١] باع شيئاً منه ، يرد ثمنه إلى المغنم ، إن كان غنياً ، قبل القسمة .

---

(١) فى ا : « فى نصيبه » . وفى ب : « فيما يصيبه » . وفى حـ : « فيما نصيبه » .

(٢) « فى دار الحرب فنقول » ليست فى حـ . و « فنقول » ليست في ب ـ انظر الهامش التالي

(٣) فى ب : « فى دار الحرب فلا بأس » . راجع الهامش السابق

وإن كان بعد القسمة : يتصدق على الفقراء . وإن كان فقيراً : يأكل[١] إن كان بعد القسمة[٢]و[٣] .

وأما ما[٤] سوى الطعام والعلف من الأموال — < ف > لا يباح للغزاة[٥] أن يأخذوا شيئاً منها ، لتعلق حق الكل بها[٦] ، إلا فى[٧] السلاح والكراع والثياب ، عند الحاجة ، وإذا استغنى: يرده إلى المغنم ، أو يدفع إليه بحصته من الغنيمة — فلا[٨] يباح للغنى أن يفعل ذلك[٩] ، بخلاف الطعام والعلف .

---

(١) أى ولا يضمن . انظر الهامش بعد التالي .

(٢) «وإن باع شيئاً منه ... بعد القسمة» من ب و ا و حـ وانظر الهامش قبل السابق .

(٣) قال الكاسانى (٧ : ١٢٤ : ٣ وما بعده) : « ولا ينبغى أن يبيعوا شيئا من الطعام والعلف وغير ذلك مما يباح الانتفاع به بذهب ولا فضة ولا عروض ، لأن إطلاق الانتفاع وإسقاط اعتبار الحقوق وإلحاقها بالعدم للضرورة التى ذكرنا ولا ضرورة فى البيع ولأن محل البيع هو المال المملوك وهذا ليس بمال مملوك لأن الإحراز بالدار شرط ثبوت الملك ولم يوجد . فإن باع رجل شيئا رد الثمن إلى الغنيمة ، لأن الثمن بدل مال تعلق به حق الغانمين ، فكان مردودا إلى المغنم . ولو أحرزوا شيئا من ذلك بدار الإسلام وهو في أيديهم ولن (لعل الصحيح: فإن) كانت لم تقسم الغنائم : ردوها إلى المغنم لاندفاع الضرورة . وإن كانت قد قسمت الغنيمة : فإن كانوا أغنياء تصدقوا به على الفقراء ، وإن كانوا فقراء انتفعوا به لتعذر قسمته على الغزاة لكثرتهم وقلته فأشبه اللقطة والله سبحانه وتعالى أعلم . هذا إذا كانت قائمة بعد القسمة ، فإن ىن ا نتفع بها بعد القسمة ، فإن كان غنيا تصدق بقيمته على الفقراء ، لأنه أكل مالا لو كان قائما ، لكان سبيله التصدق ، لكونه مالا يتعلق به حق الغانمين وتعذر صرفه إليهم . لقلته وكثرتهم ، فيقوم بدله مقامه ، وهو قيمته ، وإن كان فقيرا ، لم يجب عليه شيء ، لأنه أكل مالا ، لو كان قائما ، لكان له أن يأكله والله سبحانه وتعالى أعلم » . راجع فى ذلك أيضا : الزيلعي، ٣ : ٢٥٣ . وابن عابدين، رد المحتار ، الطبعة الثالثة ببولاق ، حـ ٣ ص ٢٣٨ ، ٢٤٠ .

(٤) « ما » ليست فى حـ .

(٥) فى حـ : « الغزاة » .

(٦) « بها » ليست فى ب .

(٧) في ا و حـ : « فى حق » .

(٨) فى ب و حـ : « ولا » .

(٩) فى ا و حـ : « من ذلك » .

ومنها - حكم كيفية قسمة الغنائم - فنقول :

يقسم على خمسة أسهم : فأربعة أسهم للغزاة ، والخمس لأربابه ، وإنما يصرف إلى المقاتلة ، يعنى[1] به أهل[2] القتال ، سواء كان شابا أو شيخاً ، عبدا مأذوناً[3] أو حرا ، بعد أن كان رجلا مسلما مأذونا للقتال[4] ، وسواء[5] كان صحيحا أو مريضا .

أما الصبي العاقل ، والمرأة ، والذمى ، والعبد المحجور عن القتال - إذا قاتلوا[6] ، فإنه يرضخ لهم الإمام[7] شيئا[8] ، لا سهما كاملا ، لأنه لا يجب القتال على هؤلاء ، إلا عند الضرورة .

ثم ينظر : إن كان راجلا فله سهم واحد ، وإن كان فارسا فله سهمان عند أبي حنيفة : سهم له[9] ، وسهم لفرسه . وعندهما : له[10] ثلاثة أسهم : سهم له ، وسهمان لفرسه .

ثم يسهم للفارس[11] لفرس واحد عند أبي حنيفه ومحمد وزفر[12] .

---

(١) فى ح : « فمنى » . وفى ا يشبه ذلك .

(٢) فى ا و ب و ح : « من أهل » .

(٣) فى ب : « أو مأذونا » . راجع « كتاب المأذون » ص ٨١٤ وما بعدها .

(٤) فى ا و ب و ح : « فى القتال » . راجع فيما تقدم ص ٤٩٩ - ٥٠٠ .

(٥) فى ب : « سواء » .

(٦) فى ا كذا : « قاتلوا » .

(٧) « الإمام » من ب . وانظر الهامش التالي .

(٨) رضخ لهم شيئا أعطاهم شيئاً قليلا (المغرب) . و « شيئا » ليست فى ب .

(٩) فى ح : « لهم » .

(١٠) « له » من ا و ب و ح .

(١١) فى ح : « ثم أسهم الفارس » .

(١٢) « وزفر » ليست فى ا و ح .

وعند أبي يوسف : يسهم[1] لفرسين ، ولا يسهم لما زاد على ذلك ـ وهذه[2] المقادير تعرف بالأخبار الواردة في الباب[3] .

. . .

ومنها ـ أنه[4] يعتبر حال المقاتل[5] ، في كونه فارسا أو[6] راجلا ، في حال دخوله[7] دار الحرب ، في ظاهر الرواية ، إذا كان قصده الدخول للجهاد ، حتى[8] إذا[9] كان يدخل[10] تاجرا ، فإنه لا[11] يستحق .
ولو دخل فارسا ، لقصد الجهاد ، يستحق سهم الفرسان[12] ، وإن مات فرسه .

وعند الشافعي : يعتبر وصف المقاتل حال شهود الوقعة ـ والمسألة معروفة.
ولو دخل راجلا ، ثم اشترى فرسا ، أو وهب له ، أو ورث ، أو استعار ، أو استأجر ، وقاتل فارسا : فله سهم راجل ، لاعتبار حال الدخول.

---

(١) في ا و حـ : « سهم » .
(٢) في حـ : « وهو » . وفي ا : « وهذ » .
(٣) « في الباب » ليست في ب .
(٤) في ب : « أن » .
(٥) في ا و حـ : « القاتل » .
(٦) الهمزة من ب .
(٧) الهاء من ا و ب و حـ .
(٨) في ا و حـ : « الدخول مجتهدا للقتال حتى » . و« إذا كان قصده ... حتى » ليست في ب.
(٩) في حـ : « إنما » . وفي ب : « لأن » .
(١٠) في ا و ب و حـ : « دخوله » .
(١١) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل تبدو « لا » كأنها مشطوبة .
(١٢) في ا : « سهم الفارس » .

وروى الحسن عنه أنه له [١] سهم فارس .

ولو دخل فارسا ، ثم باع فرسه ، أو آجره ، أو أعاره ، أو رهنه [٢] أو وهبه وسلم [٣] : روى الحسن عن أبي حنيفة أن [٤] له سهم فارس ، لاعتبار الدخول . وذكر في السير الكبير أن [٥] له سهم راجل ، لأنه لم يكن [٦] دخوله لقصد الجهاد — فاعتبر الحسن حالة الدخول بناء على الظاهر ، واعتبر حال [٧] شهود الوقعة أيضا ، لأجل حقيقة القتال .

. . .

ومنها — حكم الأسرى ، فنقول :

الإمام بالخيار : إن شاء قتل [٨] المقاتلة منهم [٩] ، سواء كانوا من المشركين أو من أهل الكتاب ، من العرب أو من العجم ، لأنه قد يكون مصلحة المسلمين في قتلهم [١٠] ، وإن شاء [١١] استرقهم [١٢] وقسم <هم>

---

(١) في ب : « وروى عن الحسن أن له » .
(٢) « أو رهنه » ليست في ا و ب و حـ .
(٣) « أو وهبه وسلم » من ا و ب و حـ .
(٤) « أن » ليست في ا و حـ .
(٥) « أن » ليست في ا و ب و حـ .
(٦) في ا كذا : « لأنه يكن » .
(٧) في ا و حـ : « حالة » .
(٨) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « قاتل » .
(٩) « منهم » من ا و ب و حـ .
(١٠) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « في حقهم » .
(١١) « شاء » ليست في ا و حـ .
(١٢) كذا في ا و ب و حـ وفي الأصل : « استرق » .

بين الغانمين[١]، إلا في حق مشركي العرب : فإنهم لا يسترقون، ولكن يقتلون[٢] إن لم يسلموا ـ قال الله تعالى : « تقاتلونهم أو يسلمون»[٣] .

فأما النساء والذرارى[٤] :< ف> يسترقون كلهم، العرب والعجم فيه سواء . ولا يباح قتلهم ، لأنه[٥] فيه منفعة للمسلمين[٦] .

وليس[٧] للإمام أن يمن على الأسرى ، فيترك[٨] قتلهم ، لأن فيه إبطال حق الغزاة ، من غير نفع يرجع إليهم .

وهل يجوز أن يترك قتلهم بالمفاداة ، بأن يفادى بهم أسرى المسلمين؟ عند أبي حنيفة :لا تجوز المفاداة[٩] . وعند أبي يوسف ومحمد : تجوز المفاداة بهم[١٠] .

ولا يجوز مفاداة[١١] أسرى الكفار بمال يؤخذ منهم ـ والمسألة معروفة.

---

(١) كذا في ا و ب و ح : « الغانمين » .وفي الأصل : «الغنائم » انظر الهامش السابق

(٢) في ب : « يقاتلون » .

(٣) الفتح : ١٦ والآية : « قل للمخلفين من الأعراب : ستدعون إلى قوم أولى بأس شديد : تقاتلونهم أو يسلمون ، فإن تطيعوا يؤتكم الله أجرا حسنا. وإن تتولوا كما توليتم من قبل يعذبكم عذاباً أليما » .

(٤) جمع ذرية وهم الصغار (المصباح) .

(٥) في ا و ب و ح :« لأن » .

(٦) في ا و ح : « المسلمين » .

(٧) في ح : « ليس » .

(٨) في ب : « ويترك » .

(٩) « المفاداة » ليست في ب . قال في المغرب : « والمفاداة بين اثنين ـ يقال فاداه إذا أطلقه وأخذ فديته . وعن المبرد : المفاداة أن يدفع رجلا ويأخذ رجلا ، والفداء أن يشتريه . وقيل : هما بمعنى » .

(١٠) « بهم » ليست في ب .

(١١) في ح كذا : « كمفاداة » .

ثم للإمام[١] خيار آخر فى حق أهل الكتاب ، وعبدة الأوثان من العجم : أن[٢] يعقد معهم عقد الذمة[٣] على أن يقبلوا[٤] الجزية ، ويترك[٥] الأراضى فى أيديهم بالخراج ، كما فعل عمر رضى الله عنه بسواد[٦] العراق فى حق[٧] مشركي العجم .

فأما فى حق مشركي العرب : <ف> لا يجوز أخذ الجزية منهم ، كما لا يجوز الاسترقاق ، فيقسم أراضيهم بين[٨] الغزاة ، لقوله عليه السلام : « لا يجتمع دينان فى جزيرة العرب » .

. . .

ومنها ـ حكم الخمس ، فنقول :

إن[٩] الخمس فى زماننا يقسم على ثلاثة أسهم : سهم لليتامى ، وسهم المساكين ، وسهم لأبناء السبيل . ولم يكن ذكر[١٠] هؤلاء الأصناف على طريق الاستحقاق ، حتى لو صرف إلى صنف منهم ، جاز ، كما فى الصدقة[١١] .

---

(١) في ح : « الإمام » .
(٢) « أن » ليست في ا و ح .
(٣) كذا في ا و ب و ح . وفى الأصل كذا : « يعقد منهم حق الذمة » .
(٤) « يقبلوا » غير واضحة فى ح وتشبه أن تكون : « يقتاد » أو « يقتاو » .
(٥) فى ب : « وتترك » .
(٦) الباء من ا و ب و ح .
(٧) « حق » ليست في ا .
(٨) فى ا : « من » .
(٩) « إن » ليست ا و ب و ح .

واختلف مشايخنا[١] : قال بعضهم بأن فى زمن النبي عليه السلام كان[٢] يقسم على خمسة أسهم : سهم للرسول صلى الله عليه ، وسهم لأقرباء الرسول عليه السلام[٣] : للفقراء دون الأغنياء . وقال بعضهم: يصرف إلى الفقراء والأغنياء من الأقرباء ، وثلاثة أسهم[٤] إلى ماذكر الله تعالى فى الكتاب[٥] ـ وهذا عندنا.

وعند الشافعى : يقسم على خمسة أسهم[٦]: فسهم الرسول[٧] يصرف[٨] إلى كل[٩] خليفة[١٠] في زمانه ، وسهم ذوى القربى[١١] يصرف إلى بنى هاشم من أولاد فاطمة وغيرها ، وثلاثة أسهم أخرى إلى ما نص الله عليهم[١٢] .

---

(١) فى ا و حـ : « المشايخ » .

(٢) « كان » من ا و حـ .

(٣) « عليه السلام » من ا و حـ . وانظر فيما يلى الهامش ٥

(٤) « أسهم » ليست فى ا و حـ .

(٥) المقصود قوله تعالى: « واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل إن كنتم آمنتم بالله وما أنزلنا على عبدنا يوم الفرقان يوم التقى الجمعان والله على كل شيء قدير » سورة الأنفال : ٤١ – راجع الكاسانى ، ٧ : ١٢٤ : ٧: من أسفل .

(٦) « سهم للرسول ... خمسة أسهم » ساقطة في ب .

(٧) فى ا و حـ : « سهم للرسول عليه السلام » .

(٨) « يصرف » من ا و ب و حـ .

(٩) « كل » ليست في حـ و ا . انظر الهامش التالى

(١٠) فى ا : « إلى خليفته » . راجع الهامش السابق

(١١) « ذوى القربى » من ب .

(١٢) « عليهم » ليست في ب . راجع فيما تقدم الهامش ٥

وعندنا[١] على الوجه الذى كان ، < وقد > بقى ثابتا[٢] ، وهم فقراء القرابة[٣] ، سوى سهم الرسول عليه السلام : فإنه سقط بوفاته — والمسألة معروفة .

ثم الخمس إنما يجب فيما[٤] يؤخذ من أموال أهل الحرب ، إذا أخذ[٥] إما بإذن الإمام ، أو[٦] بقوة قوم لهم منعة وشوكة . فإن الغنيمة اسم لمال يؤخذ[٧] على طريق القهر والغلبة[٨] : أما فى المنعة فظاهر[٩] . وكذا إذا أذن الإمام[١٠] لسرية أو لواحد ، حتى يدخل للإغارة[١١] ، يخمس ما أصابه ، لأنه أخذ بقوة الإمام ومعونته والإمداد عند الحاجة .

فأما إذا دخل قوم ، لا منعة لهم ، بغير إذن الإمام ، وأخذوا شيئا : لا يجب فيه الخمس ، عندنا — خلافا للشافعى ، وهم[١٢] بمنزلة اللصوص

---

(١) « نا » فى « عندنا » ساقطة فى ح .

(٢) فى ب كذا : « بقى ثابتا » . وفى الكاسانى (٧ : ١٢٥ : ٩ — ١٠) : « وأما عندنا فعلى الوجه الذى كان بقى » .

(٣) فى ا و ح : « فقراء ذوى القربى » . راجع الصفحة السابقة .

(٤) « يجب فيما » من ا و ب .

(٥) « إذا أخذ » ليست فى ا و ب و ح .

(٦) « أو » ليست فى ح .

(٧) فى ب : « لما يؤخذ » . وفى ا و ح : « اسم المال يؤخذ » .

(٨) « والغلبة » من ب .

(٩) فى ا و ح : « ظاهر » .

(١٠) « الإمام » من ا و ح .

(١١) فى ح و ب : « الإغارة » .

(١٢) فى ح : « وهى » .

والتجار : ظفروا[1] بمال أهل الحرب ، خفية ، وأخرجوه[2] - يكون ملكا[3] لهم خاصة ، ولا خمس فيه ، لأنه ليس بغنيمة .

. . .

هذا الذى ذكرنا حكم أموال الكفار التى أخذت منهم[4] .

وأما حكم أموالنا التي أخذوا من المسلمين ، بالقهر والغلبة في دار الإسلام - فقبل أن يحرزوا[5] بدار الحرب : لا يثبت الملك لهم . وإن أحرزوا : يثبت الملك لهم[6] - عندنا ، خلافا له[7] .

وكذا الجواب فى **عبيدنا** : إذا أخذوا فى دار الإسلام .

فأما إذا أبق العبد منا ودخل دار[8] الحرب ، ثم أخذوه ، وأسروه : لا يصير ملكا لهم[9] عند أبي حنيفة - وعندهما : يملكونه[10] .

وأجمعوا أنهم إذا[11] أخذوا مدبرينا ، ومكاتبينا ، وأمهات أولادنا -

---

(١) فى ا و حـ : « إذا ظفروا » .
(٢) كذا فى ا و حـ . وفى الأصل و ب : « وأخرجوا »
(٣) « ملكا » ليست فى ب .
(٤) « منهم » ليست في ا .
(٥) فى ا : « يخرجوا » .
(٦) « لهم » من ا و حـ .
(٧) فى ا و ب و حـ : « عندنا - وعند الشافعى : لا يثبت » . وفى الكاسانى (٧ : ١٢٧ : ٣ من أسفل) : « وقال الشافعى رحمه الله : لا يملكونها » .
(٨) فى ب : « فى دار » .
(٩) « لهم » ليست فى ب .
(١٠) « يملكونه » ليست في حـ .
(١١) « إذا » ليست في حـ .

أنهم لا يملكون [١] ، حتى لو وجد المالك [٢] القديم ، يأخذه من غير [٣] شيء : قبل القسمة ، وبعد القسمة ، وفي [٤] يد التاجر .

. . .

فأما كل مال ملكوه : <ف> إن وجد قبل القسمة [٥] يؤخذ [٦] بغير شيء . وإن كان بعد القسمة ، يؤخذ [٧] بالقيمة . وإن وجد [٨] في يد تاجر أخرجه إلى دار الإسلام ، فإنه يأخذ بالثمن إن شاء ، لأن للمالك القديم [٩] حق التملك [١٠] بالبدل كالشفيع — وهذا في غير المكيل والموزون — فأما في المثليات [١١] ، فلا [١٢] يأخذ ، لأنه لا [١٣] فائدة في أن يأخذ شيئا ويعطى مثله .

. . .

ولو أن حربياً ، دخل دار الإسلام ، بغير أمان : يصير فيئا [١٤] لجماعة

---

(١) في ا و ح : « لا يملكونها » .

(٢) في ب : « مالكه » . وفي الأصل : « مالك » . وفي ا و ح : « لو وجده المالك » .

(٣) في ا و ح : « بغير » .

(٤) في ا و ح : « ومن يد » .

(٥) « وبعد القسمة ... قبل القسمة » تكررت في ب .

(٦) في ا و ح : « لن وجدوه قبل القسمة أخذوه » .

(٧) في ا و ح : « يأخذون » .

(٨) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « وجده » .

(٩) « القديم » ليست في ا و ح .

(١٠) في ا و ب و ح : « التمليك » .

(١١) في ا و ح : « فأما في المكيلات والموزونات » .

(١٢) في ح : « ولا » .

(١٣) « لا » ليست في ب .

المسلمين -حتى[1] لو أسلم[2] قبل أن يأخذه واحد من المسلمين : فإنه لا[3] يعتق - وهذا عند أبي حنيفة . فأما عندهما : < ف > يصير ملكا للآخذ[4]- حتى لو أسلم قبل الأخذ: يكون حرا .

وأجمعوا أنه إذا عاد، إلى دار الحرب، قبل الأخذ، ثم أسلم - يكون حرا ،لأن حق[5] أهل دار الإسلام لم يتأكد[6] عند أبي حنيفة ،وعندهما: لم[7] يثبت .

فإن دخل بأمان ، ثم أخذ[8] - يصح الأمان ، ولا يصير ملكا للآخذ[9]، لكن يقول له[10] الإمام: «إن رجعت قبل سنة[11]: فلا[12] شيء عليك ، وإن مضت[13] سنة : وضعت عليك الجزية وصرت ذميا »- فإن ذهب قبل مضي السنة ،وإلا صار راضيا بالذمة، ويصير ذميا[14].

---

(١) « حتى » ليست في ا و حـ .

(٢) في حـ : « أسلموا » .

(٣) في ا و حـ : « فإنه يعتق » . والصحيح ما في المتن : انظر الكاساني، ٧ : ١١٧ : ٥

(٤) في ا و حـ : « للآخر » .

(٥) « حق » ليست في ا و حـ .

(٦) في ا و حـ كذا : « ينال » .

(٧) « لم » ليست في ا و حـ .

(٨) في ا كذا : « بأمان أحد ». وفي حـ : « بأمان اخذ ». وفي ب : « بأمان أخر».

(٩) في ا و ب و حـ : « لأحد » .

(١٠) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « به » .

(١١) « سنة » ليست في ب .

(١٢) في حـ : « ولا » .

(١٣) في حـ : « مضيت » .

(١٤) زاد في ب : « والله أعلم ».

باب
أخذ الجزية، وحكم المرتدين

أما[١] حكم الجزية - فنقول :

إن أخذ الجزية، وعقد الذمة - مشروع[٢] فى حق جميع[٣] الكفار، إلا[٤] فى حق[٥] مشركي العرب، والمرتدين - فإنه لا يقبل منهم الجزية، كما لم يشرع فيهم[٦] الاسترقاق.

فأما فى حق أهل الكتاب، فلقوله[٧] تعالى : « حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون »[٨].

وأما فى حق العجم - فبحديث[٩] عمر رضى الله عنه : أنه فتح سواد

---

(١) فى ا و حـ : « قال رحمه الله : أما ».
(٢) كذا فى ا و ب و حـ : « مشروع ». وفى الأصل : « مشروعة ».
(٣) فى ا و ب و حـ : « سائر ».
(٤) فى ا و حـ : « لا ».
(٥) « حق » من ا و ب و حـ.
(٦) « فيهم » ليست في ا و حـ وفي ب : « في حقهم ».
(٧) الفاء من ب.
(٨) التوبة : ٢٩ - والآية : « قاتلوا الذين لايؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولايحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون ».
(٩) فى ا و حـ : « فلحديث ».

العراق، وضرب الجزية على جماجمهم[١]، ووضع الخراج على[٢] أراضيهم.

ثم الجزية إنما تشرع[٣] فى حق المقاتلين، من الرجال، العقلاء، الأحرار، الأصحاء — دون النساء، والصبيان، والمجانين، والأرقاء، لأنها[٤] تجب على من يجب عليه القتل.

ثم الجزية[٥] على التفاوت — في حق الموسر المكثر: فى كل سنة، ثمانية وأربعون درهما. وفى حق المتوسط[٦]: أربعة وعشرون. وفى حق الفقير المعتمل، أعنى القادر على العمل والكسب[٧]: اثنا عشر درهما[٨] — حتى لا يجب على الزمن، والأعمى، والشيخ الفانى[٩]، إذا لم يكونوا[١٠] أغنياء، وإذا كانوا أغنياء[١١]، فكذلك[١٢]، فى ظاهر الرواية؛ لأن هؤلاء ليسوا من أهل القتل. وعن أبى يوسف، فى رواية، أنه يجب

---

(١) فى ا و حـ: «جماعتهم».

(٢) «على» ليست فى حـ.

(٣) فى ب: «شرعت».

(٤) «نها» فى «لأنها» ساقطة في حـ فتقرأ: «والأرقاء لاتجب ..». وفى ب: «لأنها لا تجب». راجع الكاساني، ٧: ١١١

(٥) «الجزية» من ا و ب و حـ.

(٦) في ا و حـ: «وفي المتوسط».

(٧) «والكسب» ليست فى حـ.

(٨) «درهما» من ب.

(٩) فى ا و ب و حـ: «والشيخ الكبير».

(١٠) في حـ كذا: «لم يكن».

(١١) «وإذا كانوا أغنياء» ليست فى ا.

(١٢) فى حـ: «وكذلك».

على الأغنياء منهم (١) .

وعلى هذا ـ فى التغلبي (٢) الفقير الذي لا يقدر على العمل (٣) : لا شيء عليه، لأن الصدقة المضاعفة جزية حقيقة (٤) .

---

(١) فى ا و ء « وعن أبي يوسف ومحمد روايتان : أنه (فى ا : لأنه) لا تجب الأغنياء (فى ا : على الأغنياء) منهم » . وفى الكاسانى (٧ : ١١١ : ٩ - ٨ من أسفل) .« وروى عن أبي يوسف أنها (السلامة عن الزمانة والعمى والكبر) ليست بشرط وتجب على هؤلاء إذا كان لهم مال » .

(٢) في حـ و ب : « التغلبى » وانظر الهامش بعد التالي .

(٣) « الذى لا يقدر على العمل » من ب .

(٤) قال الكمال بن الهمام في فتح القدير (٧ : ٣٨٢ - ٣٨٣) : « أفرد أحكام نصارى بنى تغلب بفصل لأن حكمهم مخالف لسائر النصارى . وتغلب بن وائل من العرب من ربيعة ، تنصروا فى الجاهلية . فلما جاء الإسلام ثم زمن عمر دعاهم عمر رضي الله عنه إلى الجزية، فأبوا، وأنفوا . وقالوا : « نحن عرب ـ خذ منا كما يأخذ بعضكم من بعض الصدقة » فقال «لا آخذ من مشرك صدقة »فلحق بعضهم بالروم،فقال النعمان بن زرعة : يا أمير المؤمنين إن القوم لهم بأس شديد وهم عرب يأنفون من الجزية ، فلا تعن عليك عدوك بهم ، وخذ منهم الجزية باسم الصدقة -- فبعث عمر رضى الله عنه فى طلبهم . وضعف عليهم . فأجمع الصحابة على ذلك ، ثم الفقهاء . وفى رواية أبي يوسف بسنده إلى داود بن كردوس عن عبادة بن النعمان التغلبي أنه قال لعمر رضى الله عنه : « إن بنى تغلب ... الحديث إلى أن قال : فصالحهم عمر رضى الله عنه على أن لا يغمسوا أحداً من أولادهم فى النصرانية ويضاعف عليهم فى الصدقة وعلى أن يسقط الجزية من رؤوسهم اهـ ففى كل أربعين شاة لهم شاتان ولا زيادة حتى تبلغ مائة وعشرين ففيها أربع شياه ، وعلى هذا فى البقر والإبل . ثم اختلف الفقهاء : هل هى جزية على التحقيق من كل وجه أو لا ؟ فقيل: من كل وجه ،فلا يؤخذ من المرأة والصبي ،فلو كان للمرأة ماشية ونقود لا يؤخذ منها شيء وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة – قال الكرخي : وهذه الرواية أقيس . وهو قول الشافعى ، لأن الواجب بكتاب الله تعالى عليهم الجزية فإذا صالحوهم على مال جعل واقعاً موقع المستحق يؤيده قول عمر رضى الله عنه:« هذه جزية سموها ما شئتم » ،وقال أصحابنا :هو وإن كان جزية في المعنى فهو واجب بشرائط الزكاة وأسبابها إذ الصلح وقع على ذلك ولهذا لا يراعى فيه شرائط الجزية من وصف الصغار فيقبل من النائب ويعطى جالساً إن شاء ولا يؤخذ بتلبيبه » .

وانظر أيضاً:الخراج لأبي يوسف، ص ٦٨ - ٦٩ . وتكملة عبارة عبادة التي وردت فى فتح القدير: « إن بني تغلب من قد علمت شوكتهم وإنهم بإزاء العدو فإن ظاهروا عليك العدو اشتدت مؤنتهم فإن رأيت أن تعطيهم شيئاً فافعل ـ قال : فصالحهم ... » الخراج ص ٦٨ .

وكذلك إن مرض الذمى أكثر السنة : لا تجب الجزية ، لأن الصحة شرط[١] .

وكذلك أهل الصوامع ، والرهابين ، والسياحون[٢] : يؤخذ منهم الخراج[٣] ، إذا كانو ممن[٤] يقدرون على العمل . وعن محمد أنه لا خراج عليهم ، لأنهم لا يقتلون إذا لم يكن منهم شر ظاهر ، فلا[٥] تؤخذ منهم الجزية .

ثم الجزية تجب زجرا لهم عن الكفر فى المستقبل عند[٦] أبى حنيفة — حتى تؤخذ منهم الجزية فى السنة التى يعقد فيها الذمة[٧] . وإذا مضت السنة لا يؤخذ ، لما مضى . وعندهما : تؤخذ ، مادام ذميا ، لما مضى .

ولقب المسألة أن الموانيد[٨] هل تؤخذ أم لا ؟ فعنده :

---

(١) « وكذلك ... شرط » ليست فى ا و حـ .

(٢) كذا في ب . وفي الأصل : « وكذلك على أهل الصنائع ... والساجون » . وفى ا و حـ : « والشياخين » — وهى جمع السياح وهو الكثير السياحة (المنجد) .

(٣) « يؤخذ منهم الخراج » ليست فى ا و حـ . وفى ب بدلا منها : « عليهم الخراج » .

(٤) كذا في ب وفى الأصل : « ثما » . وليست فى ا و حـ .

(٥) فى حـ كذا : « إذا لم يكن شرطا ظاهرا ولا » . وفى ا : « إذا لم يكن شرط ظاهر فلا » .

(٦) في ب : « عن » .

(٧) فى ا و حـ : « يعقد فيها مع أهل الذمة » .

(٨) فى ا « : المراتيد » . وفى حـ : « الموابيد » . وفى ب كذا : « الموابيد » وفى الأصل كذا : « الموابيد » . وفى الكاسانى (٧ : ١١٢ : س ٢٦) : « الموانيد » وفى الهامش كتب : « كذا فى الأصل وفي نسخة هكذا بالموانية » . وفى المغرب : « موانيد الجزية : بقاياها — جمع مانيد — وهو معرب » . والمقصود بالموانيد بقايا الجزية حالة ما إذا مضى على الذمة سنة كاملة ودخلت سنة أخرى قبل أن يؤديها الذمي فهل تؤخذ منه الجزية للسنة الماضية ؟ عنده : لا تؤخذ للسنة الماضية . وعندهما : تؤخذ للسنة الماضية مادام ذميا — وهو ما سبق في المتن (انظر الكاسانى ، ٧ : ١١٢ : ٢٤ — وما بعده) .

لا[١] تؤخذ، خلافا لصاحبيه[٢].

وأما إذا أسلم الذمى، أومات: تسقط الجزية عندنا، خلافا للشافعى — والمسألة معروفة.

وأما حكم أهل الردة — فنقول:

لهم أحكام:

من ذلك — أن الرجل المرتد يقتل، لامحالة، إذا لم يسلم، ولايسترق — لكن المستحب أن يعرض عليه الإسلام أولا، فإن أسلم[٣]، وإلا فيقتل[٤] من ساعته، إذا لم يطلب التأجيل.

فأما إذا طلب التأجيل[٥]، إلى ثلاثة أيام، لينظر فى أمره — فإنه يؤجل، ولا يزاد عليه[٦].

ولكن مشايخنا قالوا: الأولى أن يؤجل ثلاثة أيام، ويحبس، ويعرض عليه الإسلام، فإذا وقع اليأس، فحينئذ[٧] يقتل.

فأما[٨] المرأة: < ف > لا تقتل عندنا. خلافاً للشافعى، ولكنها تحبس، وتجبر على الإسلام، وتضرب فى كل ثلاثة أيام، إلى أن تسلم[٩].

---

(١) « لا » من ب — راجع الهامش السابق.
(٢) في ا و حـ: « لصاحبه ».
(٣) كذا فى ا و ب و حـ. وفى الأصل: « فإن أتى ».
(٤) في ا و حـ: « يقتل ».
(٥) « فأما ... التأجيل » ليست في ب.
(٦) « عليه » ليست في ا و حـ.
(٧) فى ب كذا: « الناس حينئذ ». وانظر الهامش التالي
(٨) « يؤجل ثلاثة أيام ... يقتل فأما » ليست في ا و حـ.
(٩) في ب: « حتى تسلم ».

وكذا الجواب في الأمة ، إلا أن الأمة تحبس في بيت المولى ، لأن ملكه قائم ، بخلاف المرتدة المنكوحة[1] : فإن النكاح قد[2] بطل بالردة.

ولو لحقت بدار الحرب ، ثم ظهر[3] المسلمون عليهم ، لهم أن يسترقوا المرتدة ، دون المرتد[4] .

فأما الصبي العاقل - إذا ارتد : فردته صحيحة عند أبي حنيفة ومحمد ، كإسلامه . وعند أبي يوسف : إسلامه صحيح ، دون ارتداده[5] . وعند الشافعي : لا يصح كلاهما - والمسألة معروفة . لكن لا يقتل ويعرض عليه الإسلام ، ولكن لا يحبس ، ولا يضرب ، وإذا بلغ الآن يعرض عليه الإسلام[6] ، جبراً ، ويحبس ، ويضرب ، لكن لا يقتل ، لأنه لا يجب

---

(١) « المنكوحة » من ا و ح .

(٢) « قد » ليست في ح .

(٣) في ا و ح : « ظفر » .

(٤) « دون المرتد » ليست في ب .

(٥) « دون ارتداده » ليست في ب . وفي ا و ح بدلا منها : « وارتداده لا يصح » .

(٦) « ولكن لا يحبس ولا يضرب وإذا بلغ .. الإسلام » ليست في ح و ا فالعبارة فيهما كما يأتي : « ولكن لا يقتل ويعرض عليه الإسلام جبرا ، ويحبس ويضرب ولكن لا يقتل ، لأنه لم يجب القتل بهذه الردة » . وهذا موافق في ظاهره لما في الكاساني (٧ : ١٣٤ : ٢٢ و ص ١٣٥ : ٦ من أسفل) . وفي الكنز « وارتداد الصبي العاقل صحيح كإسلامه ويجبر عليه ولا يقتل » (الزيلعي ، التبيين ، ح ٣ ، ص ٢٩٢) . وفي السرخسي (المبسوط ، ١٠ : ١٢٢) : « فأما إذا ارتد هذا الصبي العاقل ... وإذا حكم بصحة ردته بانت منه امرأته ولكنه لا يقتل استحسانا ، لأن القتل عقوبة وهو ليس من أهل أن يلتزم العقوبة في الدنيا بمباشرة سببها كسائر العقوبات » . وفي ابن عابدين ما يؤيد ما في المتن ويفصل هذه العبارة التي نقلناها إذ قال (ح ٣ ، ص ٣١٦ - الطبعة الثالثة الأميرية) : « قوله : « ويجبر عليه بالضرب » أي والحبس كما مر - قانا : والظاهر أن هذا بعد بلوغه لما مر أن الصبي ليس من أهل العقوبة والمافي كما في الحاكم : وإن ارتد الغلام المراهق عن الإسلام لم يقتل ، فإذ أدرك كافرا حبس ولم يقتل » .

القتل بهذه الردة .

وعلى هذا - الصبي إذا حكم بإسلامه تبعاً لأبويه ، ثم بلغ كافرا ، ولم يسمع منه الإقرار بعد البلوغ : فإنه يجبر على الإسلام ، ولكن لا يقتل أيضاً . فأما إذا سمع منه الإقرار بعد البلوغ : يقتل إذا ارتد[١] .

والسكران - إذا ارتد فى حال ذهاب عقله[٢] : <فـ> القياس أن تصح ردته[٣] فى حق الأحكام، وفى الاستحسان: لا تصح . وإن ذهب عقله بسبب البرسام[٤] والإغماء ، فارتد فى تلك الحالة : لا تصح ردته ، قياساً ، واستحساناً - لأن الكفر لا يصح بدون القصد .

ومنها - حكم مال[٥] المرتد وتصرفاته :

قال أبو حنيفة : إنه موقوف[٦] : فإن[٧] مات ، أو قتل على ردته ، أو لحق بدار الحرب[٨] - بطل جميع ذلك ، إلا أن يدعى ولد جارية له[٩]

(١) « إذا ارتد » من ا و حـ .
(٢) فى ب : « العقل » .
(٣) فى ب : « الردة » .
(٤) قال فى المصباح : البرسام داء معروف وفى بعض كتب الطب أنه ورم حاز يعرض للحجاب الذى بين الكبد والمعى ثم يتصل بالدماغ . قال ابن دريد : البرسام معرب .
(٥) « مال » ليست فى ب .
(٦) فى حـ و ا : « قال أبو حنيفة : موقوف » . وفى ب : « قال أبو حنيفة : موقوفة » .
(٧) الفاء من ب .
(٨) في ا و حـ زادهنا : « وقضى القاضى بلحاقه » وسيأتى (ص ٥٣٤) قوله : « لكن هل يشترط قضاء القاضى بلحاقه ؟ ففيه روايتان » .
(٩) فى ب : « لم يثبت » . وعبارة الكاسانى (٧ : ١٣٦ : السطر الأسفل) : « وأجمعوا على أنه يصح استيلاده حتى إنه لو استولد أمته فادعى ولدها <فـ> إنه يثبت النسب وتصير الجارية أم ولد له » .

<ف> يثبت نسبه، وتصير الجارية أم ولد له. وإن أسلم، صح ذلك كله، لأن ماله موقوف، عنده، بين أن يصير لورثته من وقت الردة، وبين أن يبقى له إذا أسلم، فالتصرفات المبنية عليه كذلك.

وعند أبي يوسف: تصرفاته صحيحة، مثل تصرف الصحيح.

وعند محمد: تصرفاته مثل تصرف المريض: لا تصح تبرعاته إلا من الثلث، لأن عندهما ملكه باق بعد الردة، وإنما يزول بالموت والقتل و(١) اللحاق بدار الحرب.

وأما حكم مال المرتدة(٢) وتصرفاتها: <ف> مثل قولهما في المرتد(٣) عند أبي حنيفة، لأنها لا تقتل.

ومنها - حكم ميراث المرتد:

إذا مات، أو قتل، أو لحق بدار الحرب - وترك ماله في دار الإسلام: قال أبو حنيفة: فما(٤) اكتسبه في حال الإسلام. فهو(٥) ميراث لورثته المسلمين(٦)، وما اكتسبه في حال الردة(٧)، فهو فيء(٨).

---

(١) في ا و حـ: «أو القتل أو». وفي ب: «والقتال أو».

(٢) في حـ كذا: «ماله المرتد»

(٣) «في المرتد» من ا و حـ وفي ب: «مثل قول أبي حنيفة ...» وفي الكاساني (٧: ١٣٧: ٤): «وأما المرتدة فلا يزول ملكها عن أموالها، بلا خلاف - فتجوز تصرفاتها في مالها بالإجماع، لأنها لا تقتل ...».

(٤) في ا و ب و حـ: «ما».

(٥) «فهو» ليست في ا و حـ.

(٦) «المسلمين» ليست في ب.

(٧) في ب: «ردته».

(٨) راجع فيما تقدم ص ٥١٠.

وعندهما : الكل ميراث .

ثم عندهما[١] : يعتبر حال الوارث ، وقت الموت ، والقتل ، دون الردة : <ف> إن كان[٢] مسلماً حراً يرث[٣] ، وإلا فلا .

وعن أبى حنيفة روايتان : فى رواية : يعتبر حال الردة لا غير .
وفى رواية : يعتبر حال الردة والدوام إلى وقت الموت والقتل .

وكذلك إذا لحق بدار الحرب : فإنه يورث ماله ، لأن اللحاق[٤] بدار الحرب بمنزلة الموت .

لكن هل يشترط قضاء القاضى بلحاقه ؟ ففيه[٥] روايتان .

ولكن[٦] القاضى يحكم بعتق أمهات أولاده ، ومدبريه[٧] .

وأما المكاتب <ف> إذا أدى بدل الكتابة إلى ورثته[٨] : عتق ، ويكون الولاء للمرتد[٩] ، ويقوم الورثة مقامه فى حق قبض بدل الكتابة ، كما إذا مات المولى وترك مكاتبا[١٠] .

---

(١) « ثم عندهما » ليست فى ا و حـ .
(٢) « كان » ليست فى حـ .
(٣) فى ا و حـ : « يورث » .
(٤) فى ب : « الالتحاق » .
(٥) فى ا و حـ : « فيه » . راجع الهامش ٨ ص ٥٣٢
(٦) فى ا و حـ : « وكذا القاضى » . وفى ب : « وكذلك القاضى » .
(٧) فى حـ و ا : « ومدبرته » .
(٨) فى ب : « الورثة » .
(٩) فى ا و حـ : « المدبر » .
(١٠) « مكاتبا » ليست فى ا .

ولو[١] أن المرتد ، بعدما لحق بدار الحرب عاد[٢] إلى دار الإسلام مسلما : < ف > إن كان قبل قضاء القاضي بلحاقه : فما له على حاله ، ولم يعتق مدبروه ومكاتبوه وأمهات أولاده[٣] . وإن كان بعد القضاء[٤] : فما وجد من ماله ، في يد وارثه[٥] ، بحاله[٦] — فهو أحق به ، كأنه[٧] وهب منه[٨] ، وله أن يرجع . وما زال عن ملكه ، بالتمليك أو بالأكل ، فلا رجوع فيه[٩] .

ولا سبيل له[١٠] على أمهات الأولاد[١١] ، والمدبرين ، ولا يفسخ[١٢] عتقهم[١٣] ، لأنه لا يحتمل الفسخ . وإن[١٤] وجد بدل الكتابة في يد الورثة يأخذه[١٥] ، وإلا فلا شيء على الورثة[١٦][١٧] .

---

(١) في ا و ح : « فلو » .

(٢) كذا في ب . وفي الأصل و ا و ح : « ثم عاد » .

(٣) « وأمهات أولاده » من ب .

(٤) في ا و ح : « بعد قضاء القاضي » .

(٥) في ا و ب و ح : « ورثته » .

(٦) في ح : « بحال » .

(٧) في ب : « ... بحاله أخذه لأنه أحق كأنه » .

(٨) « منه » ليست في ح .

(٩) « فيه » من ا و ب و ح .

(١٠) « له » من ا و ب و ح .

(١١) في ب : « أمهات أولاده » .

(١٢) في ا و ح : « ولا يصح » .

(١٣) تقدم أن القاضي يحكم بعتقهم (ص ٥٣٤) — انظر أيضا الكاساني (٧ : ١٣٧ : ٢١) حيث يقول : « وأما ما أعتق الحاكم من أمهات أولاده ومدبريه » .

(١٤) في ا و ح : « فإن » .

(١٥) الهاء من ا و ب و ح .

(١٦) في ا : « وإلا فلا » اهـ . وفي ح كذا : « وإلا ولا » اهـ .

(١٧) قال الكاساني (٧ : ١٣٧ : ٢٢) : « وكذا المكاتب : إذا كان أدى المال إلى =

باب

أحكام البغاة[1]

قال[2] :

إذا خرج طائفة على الإمام ، على التأويل ، وخالفوا الجماعة :

<ف.> إن لم يكن لهم منعة : فللإمام أن يأخذهم ويحبسهم ، حتى يحدثوا توبة .

وإن كانت لهم منعة : فإنه يجب على الذين لهم[3] قوة وشوكة ، أن يعينوا إمام[4] أهل العدل ، ويقاتلوهم حتى يهزموهم ، ويقتلوهم .

و[5] بعد الانهزام يقتلون مدبريهم ، وأسراءهم[6] ، ويجهزون على جريحهم .

وأصله قوله تعالى : « وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله »[7] .

= الورثة ، لاسبيل عليه أيضا ، لأن المكاتب عتق بأداء المال ، والعتق لا يحتمل الفسخ . وما أدى إلى الورثة إن كان قائما أخذه ، وإن زال ملكهم عنه لايجب عليهم ضمانه كسائر أمواله لما بينا . وإن كان لم يؤد بدل الكتابة بعد يؤخذ بدل الكتابة ، وإن عجز عاد رقيقا له » .

وزاد في ب : « والله تعالى أعلم بالصواب » .

(١) راجع فيما تقدم « البغاة » ص ٢٥١ — ٢٥٢ .

(٢) « قال » ليست في ب . وفي ا و ح : « قال رحمه الله »

(٣) في ح : « له » .

(٤) « إمام » ليست في ح و ب .

(٥) « و » من ا و ب و ح .

(٦) في ا و ب و ح : « وأسراهم » .

(٧) كذا في ب . وأيضا في ا و ح . وفي الأصل أورد : « وإن ... اقتتلوا » فقط . وهي الآية التاسعة من سورة الحجرات والآية والتي بعدها : « وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا =

وإن عفا الإمام عن أسرائهم : فلا بأس به أيضاً .

وإن لم يكن لهم منعة ينحازون إليها : فليس للإمام أن يقتل أسراهم ولا مدبريهم ، ولكن يحبسهم حتى يحدثوا توبة . ثم يخلى سبيلهم [١] .

ثم بعد التوبة : ما أخذ الإمام من أموالهم وسلاحهم ، وهو قائم - يرد إليهم . وما استهلكوه [٢] ، فلا ضمان عليهم .

وكذا فى جانب أهل البغى : إذا أتلفوا أموال أهل العدل .

وأصله حديث الزهرى [٣] : أنه قال : وقعت الفتنة ، فاجتمع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وهم متوافرون [٤] ، على

= فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء إلى أمر الله فإن فاءت فأصلحوا بينهما بالعدل وأقسطوا إن الله يحب المقسطين إنما المؤمنون إخوة فأصلحوا بين أخويكم واتقوا الله لعلكم ترحمون » .

(١) « وإن لم يكن لهم منعة ... سبيلهم » من ب . والعبارة في الأصل : « ... فلا بأس به أيضاً إن لم يكن منعة يتجاوزون إليهم . وليس للإمام أن يقتل أساريهم ولا مدبريهم ولكن يحبسهم حتى يحدثوا توبة ثم خلى سبيلهم » . وفى حـ : « وإن يكن منعة يتجاوزون إليهم فليس للإمام أن يقتل أسرائهم ولا مدبريهم ولكن يحبسهم حتى يحدثوا توبة فيخلى سبيلهم » . وفى ا : « وإن يكن منعة ينحازون إليهم . (كما في حـ) » . وفى الكاسانى (٧ : ١٤٠ : السطر الثانى من أسفل - ١٤١) : « الإمام اذا قاتل أهل البغى فهزمهم وولوا مدبرين : فإن كانت لهم فئة ينحازون إليها فينبغى لأهل العدل أن يقتلوا مدبرهم ويجهزوا على جريحهم لئلا يتحيزوا إلى الفئة فيمتنعوا بها فيكروا على أهل العدل وأما أسيرهم فإن شاء الإمام قتله استئصالا لشأفتهم وإن شاء حبسه لاندفاع شره بالأسر والحبس . وإن لم يكن لهم فئة يتحيزون إليها لم يتبع مدبرهم ولم يجهز على جريحهم ولم يقتل أسيرهم لوقوع الأمن عن شرهم عند انعدام الفئة » — انظر الهداية وفتح القدير ، ٤ : ٤١١ وما بعدها .

(٢) فى ا : « وما استهلكه » . وفى حـ : « وما استهلاكه » .

(٣) تقدمت ترجمته فى الهامش ٧ ص ٩١ من الجزء الأول .

(٤) كذا فى ا و ب و حـ . وفي الأصل : « ... أصحاب رسول الله صلى الله عليه متوافقون » . وانظر الكاسانى (٧ : ١٤١ : ١٠ من أسفل) وابن الهمام ، ٤ : ٤١٤ .

أن[1] كل دم أريق بتأويل القرآن فهو هدر ، وكل مال[2] أتلف بتأويل القرآن[3] فلا ضمان فيه ، وكل فرج استبيح بتأويل القرآن[4] فلا حد فيه، وما كان قائماً يُرد[5] .

وهذا إذا أتلفوا فى حال التجبر والمنعة[6] .

فأما إذا أتلفوا مالهم ونفوسهم قبل ظهور المنعة ، أو بعد الانهزام - فإنهم يضمنون ، لأنهم من أهل دار الإسلام .

وهذا جواب الحكم ، وإنما نعنى به أن[7] يضمن كل واحد من الفريقين للآخر[8] ما أتلف[9] من الأنفس والأموال، لكونها معصومة فى هذه الحالة ، إلا بطريق الدفع .

ثم كل من[10] لا يباح قتله[11] من أهل الحرب[12]، لا يباح قتله[13]

---

(١) « أن » ليست في ح .

(٢) كذا في ا و ح . وفى الأصل و ب : « وكلما أتلف » .

(٣) و (٤) « القرآن » ليست في ا و ح .

(٥) كذا في ح و ب . وفي الأصل : « نرد » .

(٦) فى ب : « أتلفوا حال المنعة والتحيز » .

(٧) فى ا و ح كذا : « ... الحكم فأما نعنى أنه يضمن » . وفى ب : « الحكم فأما معنى أن يضمن » .

(٨) فى ب : « الآخر » .

(٩) فى ح : « وأتلف » .

(١٠) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « مالا يباح » .

(١١) فى ب : « قتلهم » .

(١٢) « الحرب » ليست في ا و ح .

(١٣) في ا و ب و ح : « قتلهم » .

من أَهل البغى ، إلا إذا وجد القتال[١] من العبيد والنسوان[٢] والشيوخ ـ فحينئذ يقتلون فى حالة القتال . وبعد الانهزام لا يباح .

ويكره أن يبعث برؤوس البغاة أو[٣] الحربى إلى الآفاق ـ إلا إذا كان فى ذلك[٤] وهن لهم[٥] : فلا بأس به .

• • •

ثم قتلى[٦] أهل العدل شهداء : يفعل بهم مثل ما[٧] يفعل بالشهداء: يكفنون فى ثيابهم[٨] ولا يغسلون ، ويصلى عليهم .

فأما قتلى أهل البغي: <ف> لا يصلى عليهم، سواء كان لهم منعة[٩] أَو لم يكن ـ وهو الصحيح . ولكن يغسلون ، ويكفنون ، ويدفنون ، لأن هذا من شيمة الموتى[١٠] .

• • •

وأما قضاء قاضى[١١] أهل البغى بشهادة أهل البغى ـ <ف> لا يصح ، لاحتمال أنه قضى بما هو باطل عندنا ، لأنهم يستحلون أموالنا

---

(١) فى ب : « القتال » .

(٢) فى ب : « والنسا » .

(٣) في ح : « و » .

(٤) في ا و ح : « فيه » .

(٥) فى ح : « لهن » .

(٦) فى ا و ب : « قتل » .

(٧) فى ب : « بهم ما يفعل » . وفى ا و ح : « بهم كما يفعل » .

(٨) فى ب : « بثيابهم » .

(٩) فى ا و ب و ح : « قوة » .

(١٠) فى ب : « لأن هذا من سنة الموت » . وفى ا : « لأن هذا سنة الموتى » . وفى ح : « لأن هذا فى سنة الموتى » .

(١١) فى ا : « القاضى » .

ودماءنا ، ولا يقبل قاضى أهل العدل[١] كتاب قاضيهم[٢] ، لما ذكرنا من الاحتمال .

وإذا تابوا ، ورجعوا ، ينظر الإمام فى قضاياه : <ف> إن قضى بما هو الحق بشهادة أهل[٣] العدل: ينفذ ، وإلا فيرد الكل .

وأما إذا نصبوا قاضياً من أهل العدل[٤] ، فإن قضاءه نافذ[٥] ، لأن لهم شوكة[٦] وقوة ، وأمكن[٧] للقاضى[٨] تنفيذ قضاياه[٩] بقواهم[١٠] ـ والله أعلم[١١] .

---

(١) « لا يصح لاحتمال ... أهل العدل » ليست فى ب .

(٢) فى ا و ح : « كتاب قاضى أهل البغى » .

(٣) « أهل » من ب .

(٤) « العدل » ليست فى ا .

(٥) فى ا و ح : « قضاياه نافذة » .

(٦) في ح : « شركة » .

(٧) فى ا و ب و ح : « فأمكن » .

(٨) في ا و ب : « القاضى » .

(٩) كذا فى ا و ب و ح . وفي الأصل : « قضاياهم » .

(١٠) كذا فى ا و ح . وفى الأصل و ب : « بقولهم » .

(١١) فى ب : « والله أعلم بالصواب » . و « والله أعلم » ليست في ا و ح .

كتاب

الشِّرب

فى هذا[١] الكتاب[٢] فصلان :

أَحدهما ـ فى أحكام الشِّرب.

والثانى ـ فى أحكام الأراضى .

أما الأول ـ فنقول :

إن[٣] المياه أنواع اربعة :

ماء مملوك :

وهو ما أُحْرِز في الأوانى . وحكمه حكم سائر الأملاك : ليس لأحد فيه حق ، ولا يحل لأحد أن يأخذه[٤] ، ولا أن يشربه إلا عند الضرورة القاتلة[٥] ، بأن أَصابه العطش[٦] على وجه يهلك : <ف>

---

(١) فى ا و حـ : « قال رحمه الله : فى هذا » و « هذا » ليست في ب .

(٢) فى ا و ب و حـ : « الباب » .

(٣) « إن » من ا و ب و حـ .

(٤) الماء من ا و ب و حـ .

(٥) فى حـ كذا : « القابلة » .

(٦) في ا و حـ : « الضرورة القاتلة وإذا وقع العطش ... » .

يباح له(١) الأخذ والشرب(٢) ،ولو منع صاحبه :له أن يقاتله بالسلاح حتى يتمكن من تناوله ، بقدر ما يدفع به عطشه ، إذا كان معه(٣) فضل ماء عن حاجته الماسة . وفى الطعام : يباح له أن يأخذ جبرا وقهرا ، ولكن لا يقاتل(٤) بالسلاح ، كما(٥) قال بعض المشايخ .

وقال بعضهم : هذا فى البئر الخاص(٦) والنهر الخاص : فإن حق(٧) الشفة(٨) ثابت لكل الناس ، فمن منع حقه : له أن يقاتل(٩) معه . فأما فى الماء المملوك : <ف> عند الضرورة القاتلة(١٠) : يباح له(١١) الأخذ قهرا ، لكن لا يقاتل ، كما فى الطعام .

والثاني(١٢):

الماء الذى يكون فى البئر(١٣) والحوض والعين المملوكة(١٤)

---

(١) « له » من ا و حـ .

(٢) فى ا و حـ : « يباح له شربه » . وفى ب : « يباح الشرب » .

(٣) فى ا و حـ : « له » .

(٤) فى ب : « لا يقاتله » .

(٥) فى ا و ب و حـ : « كذا » .

(٦) فى حـ : « خاصة » .

(٧) فى حـ : « فى حق » .

(٨) فى ا و ب و حـ : « الشفعة » .

(٩) في ا و حـ : « يقاتله » .

(١٠) فى حـ : « المقاتلة » .

(١١) « له » من ا و حـ .

(١٢) الواو من ا و ب و حـ .

(١٣) فى ب : « فى النهر والبئر » . وفى ا : « فى البئر والنهر » . وفى حـ : « الذي يكون البئر والنهر » .

(١٤) كذا في ا و حـ . وفى الأصل و ب : « المملوك » .

له- فهو حق خاص له ، كالمملوك ، لكن لعامة الناس حق الشفة[١] من هذا الماء ، حتى يشرب بنفسه ، ويأخذ الماء لنفسه ولمواشيه[٢] ، وليس لصاحب الماء حق[٣] المنع ، وهو معنى قوله عليه السلام : « الناس شركاء في الثلاث[٤] : في الماء ، والكلأ ، والنار ».

ولكن لو أراد أحد أن يَسْقِي زرعه من ذلك الماء[٥] ، لا يجوز[٦] له ذلك ، ويمنعه السلطان عنه . لأن هذا يبطل[٧] حقه . لأنه لو أطلق هذا[٨] ، لشاركه[٩] فيه[١٠] كل من يمكنه سقي[١١] أرضه منه ، فيبطل حقه[١٢] أصلا .

والثالث[١٣] :

أن يكون نهرا[١٤] مشتركا بين جماعة محصورة[١٥] ، حتى

---

(١) في ا و ب و حـ : « الشفعة » .

(٢) في ب : « ومواشيه » .

(٣) في ب : « لصاحبه حق » .

(٤) في ا و ب و حـ : « في ثلاث » .

(٥) « الماء » من ا و ب و حـ .

(٦) في ب : « ليس له » .

(٧) في ا و حـ : « لأنه يبطل » .

(٨) في ا و حـ : « له » .

(٩) كذا في ا و حـ . وفي الأصل : « يشاركه » .

(١٠) « فيه » من ا و حـ .

(١١) في ا و حـ : « يسقي » .

(١٢) « لأنه لو أطلق ... فيبطل حقه » ليست في ب .

(١٣) الواو من ا و ب و حـ .

(١٤) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « بشرا » .

(١٥) في ب : « يحصون » . وكذا في ا و حـ مع تصحيف

يثبت الشفعة بسبب الشركة فيه ـ كان هؤلاء الشركاء حق السقى بقدر شركتهم[١] فى النهر ، وليس لغيرهم حق السقى للمزارع[٢] والأشجار ، < إنما >[٣] لهم حق الشفة[٤] .

ولو أراد واحد من الشركاء أن يكرى نهراً[٥] صغيراً ، ويأخذ[٦] الماء من النهر المشترك ، فيسوق إلى أرض أحياها ، ليس لها منه شرب ـ ليس له ذلك[٧] ، إلا برضا الشركاء .

وكذلك إذا أراد أن ينصب عليه رحًى : ليس له ذلك ، إلا برضا الشركاء[٨] ، لأن بقعة[٩] الرحى حق وملك لجماعتهم . فإذا بنى اختص[١٠] بتلك البقعة ، وانقطع حق الشركاء عنها[١١] ، فيمنع . أما إذا كان موضع الرحى ملكه ، وليس فيه ضرر بالشركاء ، بأن[١٢] كان الماء يدير الرحى

---

(١) كذا فى ا و ب و حـ . وفي الأصل : « شركته » .

(٢) في ا و حـ : « للزراعة » .

(٣) في الأصل و ا و ب و حـ : « أما » . وفى الكاسانى (٦ : ١٨٩ : ٢٠) : « وليس لصاحب النهر أن يمنع من الشفة وهو شرب الناس والدواب ، وله أن يمنع من سقى الزرع والأشجار » . .

(٤) كذا فى ب . وفى الأصل و ا و حـ : « الشفعة » ـ انظر الهامش السابق .

(٥) فى حـ : « النهر » .

(٦) فى ا و ب و حـ : « فيأخذ » .

(٧) « ذلك » ليست فى حـ .

(٨) « وكذلك ... الشركاء » ليست فى ا و حـ .

(٩) فى حـ كذا : « تبعة » .

(١٠) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « فإذا هو خص » .

(١١) كذا في ب . وفي الأصل : « عنه » وليست في ا و حـ .

(١٢) في ا و حـ : « فإن » .

ويجرى الماء على سننه فى النهر - فليس لهم حق المنع ، لأن الماء مشترك بينهم . ولكل واحد منهم أن ينتفع بحقه[١] على وجه لا يتضرر به شركاؤه .

فأما إذا كرى[٢] نهراً من هذا النهر[٣] ، وعرّج[٤] الماء ، حتى يصل إلى الرحى المملوكة[٥] له[٦] في أرضه ، فيدير رحاه ، ثم يجرى النهر من أسفله[٧] - ليس له ذلك ، لأن فيه ضرراً بالشركاء بقطع[٨] الماء عن سننه ، فيتأخر وصول حقهم إليهم <م> ، وينتقص فى الجملة أيضاً[٩] .

وكذا الجواب[١٠] فى نصب الدالية[١١] والسانية[١٢] .

والرابع[١٣] :

الأنهار[١٤] العظام ، كالفرات والدجلة والجيحون وغيرها[١٥] :

---

(١) كذا في ا و ب و حـ . وتبدو فى الأصل مشطوبة .

(٢) فى ب و حـ : « أكرى » وفي المصباح : « وكريت النهر كريا من باب رمى حفرت فيه حفرة جديدة » .

(٣) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « البئر » .

(٤) كذا فى ا و حـ . وفى الأصل و ب : « ويعرج » .

(٥) كذا في ا و ب و حـ . وفى الأصل : « المملوك » .

(٦) « له » ليست في ا و حـ .

(٧) فى ب : « يجري إلى النهر من أسفله » . وفى ا و حـ : « يجري النهر إلى أسفله » .

(٨) كذا فى ا . وفى حـ : « يقطع » . وفى ب : « كما يقطع » .

(٩) راجع الكاساني ، ٦ : ١٩٠ - ١٩١ .

(١٠) « الجواب » ليست في حـ . وموضعها فيها بياض .

(١١) فى المصباح : « والدالية دلو ونحوها وخشب يصنع كهيئة الصليب ويشد برأس الدلو ثم يؤخذ حبل يربط طرفه بذلك وطرفه بجذع قائم على رأس البئر ويسقى بها فهى فاعلة بمعنى مفعولة والجمع دوالي وشذ الفارابى وتبعه الجوهرى ففسرها بالمنجنون » .

(١٢) فى المصباح : « السانية البعير يسنى عليه أى يستقى من البئر » .

(١٣) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « الرابعة » .

(١٤) فى حـ : « أنهار » .

(١٥) فى ب : « وغيرهما » .

فلا[1] حق لأحد[2] فيها، على الخصوص، بل هو حق العامة[3] : فكل[4] من يقدر على سقى أراضيه[5] منها : فله ذلك .

وكذا نصب الرحى والدالية ونحو ذلك .

وهذا إذا لم يكن فيه[6] ضرر بالنهر العظيم - أما[7] إذا كان فيه ضرر فيمنع عن ذلك .

. . .

ثم كرى الأنهار العظام، على السلطان، من مال بيت المال، لأن منفعتها ترجع إلى عامة الناس، فيكون مئونة ذلك في مال العامة، وهو مال بيت المال[8] .

وأما كرى النهر المشترك بين أقوام معلومين : فعليهم - واختلفوا فى كيفية ذلك :

قال أبو حنيفة : عليهم جميعاً أن يكروا من أعلاه، فإذا جاوز أرض[9] رجل واحد، دفع عنه حصته[10]، ويكون الكرى على من بقى.

---

(١) فى حـ : « ولا » .
(٢) فى ب : « لأحدهما » .
(٣) « على الخصوص بل هو حق العامة » من ا و ب و حـ ولكن في ا : « حق للحملة » . وفي حـ : « حق الجملة » بدلا من « حق العامة » .
(٤) فى حـ : « وكل » .
(٥) فى ا و ب : « أرضه » .
(٦) « فيه » ليست فى ا و حـ .
(٧) فى ا : « فإذا كان » . وفى ب و حـ : « فأما إذا كان » .
(٨) « وهو مال بيت المال » ليست فى ا و حـ . وفى ب : « وهو بيت المال » .
(٩) فى ب : « جاوزوا الأرض » .
(١٠) في ا و حـ : « واحدوقعت حصته » . وفى ب : « وقع عنه ويكون . » .

وقال أبو يوسف ومحمد : الكرى عليهم جميعا، من أوله إلى آخره، بحصص[١] الشرب والأرض[٢].

وبيان ذلك أن النهر إذا كان بين[٣] عشرة ، ولكل[٤] واحد منهم، عليه ، أراض على السواء[٥]، فإن الكرى ، من فوهة النهر إلى أن يجاوز شرب أولهم ، بينهم[٦] ، على عشرة أسهم : على كل واحد منهم العشر. فإذا تجاوز شرب الأول خرج هو[٧] من الكرى ، ويكون الكرى على الباقين[٨]، على تسعة أسهم ، فإذا تجاوز شرب[٩] الثاني سقطت[١٠] عنه النفقة . ويكون الكرى على الباقين على ثمانية أسهم[١١]: على[١٢] هذا[١٣] الترتيب . وقالا: إن المئونة بينهم على عشرة أسهم ، من أول النهر إلى آخره .

---

(١) في الأصل كذا : « تخصيص » وهو تصحيف .

(٢) في ب : « والأراضي » .

(٣) في ح : « من » .

(٤) في ا و ب و ح : « لكل » .

(٥) «على السواء» من ب . ومكتوبة فيها كذا : « على السوى » وفي الكاساني (٦ : ١٩٠ : ١٩) : « ولو اختلفا في قدر الشرب ولا بينة لأحدهم تحكم الأراضي. فيكون الشرب بينهم على قدر أراضيهم » .

(٦) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « شربه أولهم سهم » .

(٧) « هو » ليست في ا و ب و ح .

(٨) كذا في ب . و في الأصل و ا و ح : « الباقي » .

(٩) في ب : « الشرب » .

(١٠) في ب و ح : « سقط » . وفي ا : « يسقط » .

(١١) في ب تكررت عبارة : « فإذا تجاوز الشرب ... ثمانية أسهم » .

(١٢) في ب : « وعلى » .

(١٣) « عنه النفقة ... على هذا » ليست في ا و ح .

فهما يقولان : إن[1] لصاحب الأعلى منفعة فى حفر[2] الأسفل، فإنه[3] مسيل مائه ، كما أن لصاحب الأسفل منفعة في الأعلى ، ثم حفر الأعلى مشترك ، فكذلك الأسفل .

وأبو حنيفة يقول: إن فوّهة النهر مشتركة[4]، لا يتوصل[5] أحدهم إلى الانتفاع بشربه إلا[6] بحفرها . وكذا[7] حفر ما بعدها[8] ، فإذا تجاوز شرب[9] أحدهم ، فلا حق له فى حفر ما بعد أرضه ، لأن ذلك ملك الباقى لا ملكه[10]، إنما له حق تسييل[11] الماء فيه[12] ، فتكون المؤونة على المالك ، لا على صاحب الحق ، كما فى مسيل الماء على سطح مملوك لغيره .

. . .

وإذا كان نهر لرجل[13] بين أراض ، فاختلفوا في المسناة : قال

---

(١) «إن» من ب . وفى ا و ح : « بأن » .
(٢) كذا في ا و ح . وفى الأصل : « في حق » و ليست في ب فقبلها : « في الأسفل » .
(٣) كذا فى ا و ب و ح. وفي الأصل : « وإنه » .
(٤) فى ا و ب و ح : « مشترك » .
(٥) في ا و ح : « لا يتصور » .
(٦) « الا » ليست في ا .
(٧) فى ا : « فكذا » .
(٨) في ا و ح : « ما بعد » .
(٩) فى ا و ح : « عن مشرب » . وفى ب : « عن شرب »
(١٠) كذا في ب . وفى ا : « لأن ذلك ملك الباقي لا ملك له » . وفي ح : « لأن ذلك الباقي لا ملك له ». وفي الأصل : « لأن ذلك ملكه والباقي لا ملكه » .
(١١) في ا و ح : « مسيل » .
(١٢) «فيه» ليست في ا و ح . وزاد هنا فى ب : « إذا لم يحتج إلى الماء وفضل عن أرضه».
(١٣) فى الأصل و ا و ب و ح : « نهر الرجل » وفى الكاسانى (٦ : ١٩١ : ١٩): « ولو كان نهر لرجل » .

صاحب الأرض[١] «هى ملكى»، وقال صاحب النهر «هى[٢] ملكى»، ولا يعرف أن المسناة في يد من هى، وفى تصرف من هى - قال أبو حنيفة: هى ملك صاحب الأرض، حتى إن له[٣] أن يغرس فيها ويزرع[٤]، ويمنع صاحب النهر عن إلقاء الطين فيها[٥]، وعن المرور فيها - إلا أنه ليس له أن يحفر المسناة، فيسيل[٦] ماء النهر فى غير موضعه[٧]، فيكون حق صاحب النهر فى إمساك[٨] الماء لا غير. وعلى قولهما: إنما هي ملك صاحب النهر[٩].

ومن[١٠] مشايخنا من قال: إن هذا الخلاف مبنى[١١] على أن النهر هل له حريم أم لا[١٢]؟: فإن[١٣] كرى رجل نهرا فى أرض موات بإذن السلطان[١٤]: <ف> عند أبي حنيفة: ليس له حريم. وعندهما: له حريم -

(١) في ا و حـ: «الأراضى».

(٢) «هى» من ب و حـ.

(٣) «حتى إن له» ليست في حـ. وفي ا: «حتى له».

(٤) كذا في ا و ب و حـ. وفي الأصل: «كالزرع».

(٥) في ا و حـ: «عليها». وفى الكاسانى (٦: ١٩١: ٢٠): «فالمسناة لصاحب الأرض عند أبي حنيفة رحمه الله: له أن يغرس فيها <ويلقى> طينه ولكن ليس له أن يهدمها».

(٦) فى حـ: «فليسيل». وفي ب كذا: «فيسل».

(٧) في حـ: «موضوعه».

(٨) فى ا و ب و حـ: «في حق إمساك».

(٩) زاد في ب: «لنهره». وفى ا و حـ: «... الماء لا غير حريمه للنهر» - فليس فيهما: «وعلى قولهما... النهر».

(١٠) «ومن» من ا و حـ. وفى ب: «من».

(١١) في ب: «يبنى». وعبارة: «ومن قال... مبنى» ليست في حـ وموضعها فيها بياض.

(١٢) في ا: «أو لا». وفى حـ مكتوبة هكذا: «أولى» وهو خطأ هجائى من الناسخ. وانظر فيما بعد ص ٥٥٤-٥٥٥.

(١٣) انظر الكاسانى، ٦: ١٩١: ٢٢ وما بعده وفيه: «بأن».

(١٤) انظر فيما بعد ص ٥٥٣.

فكان الظاهر شاهدا لصاحب النهر عندهما ، وليس بشاهد[١] له عند أبي حنيفة .

لكن أهل التحقيق من مشايخنا قالوا : لا خلاف أن[٢] للنهر حريما في أرض موات[٣] ، فإن النبي عليه السلام[٤] جعل للبئر[٥] حريما، فيكون جعله ذاك[٦] ، جعلا [٧] للنهر حريما ، بطريق الأولى، لشدة حاجة النهر إلى الحريم .

ولكن الخلاف ههنا فيما[٨] إذا لم يعرف أن المسناة في يد صاحب النهر ، بأن كانت متصلة بالأراضي ، مساوية لها <و> لم تكن أعلى منها : فالظاهر شاهد أنها[٩] من جملة أراضيه[١٠] ، إذ لو[١١] لم تكن هكذا، لكانت أعلى، لإلقاء[١٢] الطين فيها[١٣] ونحو ذلك. وعندهما :

---

(١) في ا و ح : « شاهدا » .

(٢) « أن » ليست في ح .

(٣) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « الموات » .

(٤) « السلام» ساقطة من ا و ح.

(٥) في ب : « للنهر » .

(٦) في ب : « ذلك » . وفي ح و ا : « لذلك » .

(٧) كذا في ا و ب و ح وفي الأصل : « ذاك حريما جعلا » فليس في ا و ب و ح كلمة « حريما » .

(٨) « فيما » ليست في ب . وفي ح : « فيها » .

(٩) في ح كذا: « شاهدا بها » .

(١٠) في ب : « أرضه » .

(١١) في ا و ب و ح : « إذا لم » .

(١٢) في ب كذا : « الإلقا» .

(١٣) في ح و ا : « عليها » .

الظاهر شاهد لصاحب النهر، لكونه[1] حريما له - فوقع الكلام بينهم في الترجيح.

. . .

ثم الشرب، الخاص أو المشترك، لا يجوز بيعه وهبته ونحو ذلك، إلا الوصية[2]. ويجرى فيه الإرث، لأنه ليس < بعين مال، بل هو حق مالى >[3].

فأما إذا باع تبعاً لأرضه، جاز، ويصير الشرب لصاحب الأرض، وإنما يدخل الشرب إذا ذكره صريحاً في البيع أو[4] يذكر: « إنى بعت الأرض بحقوقها أو بمرافقها أو بكل قليل وكثير هو لها[5]، داخل فيها وخارج منها، من حقوقها » - فحينئذ يدخل. فأما في الإجارة < ف > يدخل الشرب من غير ذكر[6]، لأن الانتفاع بالأرض المستأجرة لا يكون إلا بالماء، بخلاف البيع[7].

. . .

---

(١) « لكونه » ليست فى ا و ب و ح.

(٢) أى فتجوز (انظر الكاسانى . ٦ : ١٩٠ : ١٣) :

(٣) « بعين مال بل هو حق مالى » من الكاسانى ، ٦ : ١٩٠ : ١٦ . وفي الأصل و ا و ب : « لأنه ليس بمملوك » . وفي ح : « بمملوك » .

(٤) في ب : « و » .

(٥) فى ح : « لها » .

(٦) فى ح كذا : « فمن غير ذلك » بدلا من : « من غير ذكر » .

(٧) زاد في ح : « وأما حكم الأراضي المستأجرة لا يكون إلا بالماء بخلاف البيع » .

وأما أحكام الأراضي

فهي[١] أنواع :

أرض[٢] مملوكة[٣] عامرة - لا يجوز لأحد التصرف[٤] فيها، و[٥] الانتفاع بها، إلا برضا صاحبها.

والثانية - أرض خراب انقطع ماؤها وهي ملك صاحبها - لا تزول عنه إلا بإزالته، وتورث[٦] عنه إذا مات. وهذا إذا عرف صاحبها. وإن لم يعرف فحكمها حكم اللقطة[٧].

والثالثة - الأرض المباحة، وتسمى الموات - وهي نوعان :

أحدهما : ما يكون تبعاً لبعض القرى : مرعى لمواشيهم[٨]، ومحتطباً لهم - فهي[٩] حقهم، لا يجوز للإمام[١٠] أن يقطعها من أحد، لأن في ذلك ضررا بهؤلاء. ولكن ينتفع بالحطب والقصب، التي فيها، هؤلاء وغيرهم،

---

(١) في ا و ح : « وأما حكم الأراضي فهو ».

(٢) « أرض » ليست في ا و ح.

(٣) كذا في ا و ب و ح. وفي الأصل : « مملوك ».

(٤) في ا و ح : « أن يتصرف ».

(٥) في ا و ح : « ولا ».

(٦) في ب : « فتورث ».

(٧) « وهذا إذا ... اللقطة » من ا و ح. وهي في ب مع حذف الواو من « وهذا » وحذف الفاء من « فحكمها ». وهي في الكاساني (٦ : ١٩٣ : ٥ - ٦).

(٨) كذا في ا و ب و ح. وفي الأصل : « مواشيهم ».

(٩) في ب : « ففي ». وفي ا و ح : « فهو ».

(١٠) في ح : « الإمام ».

و[١] ليس لهم أن يمنعوها[٢] عن غيرهم ، لأنها ليست[٣] بملك لهم .
والحد الفاصل أن يسمع صوت الرجل من أدنى الأرض[٤] المملوكة[٥] إليه ، فما لم يسمع صوته فيه فهي ليست بتابعة لقريتهم.

والنوع الثانى : ما لا يكون تبعاً لقرية من القرى - فهى على الإباحة : من أحياها بإذن الإمام: < فـ> عند أبي حنيفة تكون ملكاً له[٦] ، وعندهما: بغير إذن الإمام تصير ملكاً له ، ويصير[٧] هو أحق بها من غيره[٨] ملكاً[٩] .

. . .

والإحياء أن يبنى ثمة بناء. أو[١٠] يحفر نهراً، أو[١١] يجعل للأراضى[١٢] مسناة ونحو[١٣] ذلك . أما إذا وضع أحجاراً حولها وجعل[١٤] ذلك حداً، فإنه لا تصير ملكاً له ، ولكن يكون هو أحق بالانتفاع بها ، بسبق[١٥]

---

(١) الواو من ا و حـ . وفى ب : « فليس » .
(٢) فى ا و حـ : « يمنعوا » .
(٣) فى حـ : « لأنه ليس » . وفى ا : « لأنه ليست » .
(٤) فى ا : « للأرض » .
(٥) فى ب : « المملوك » .
(٦) فى ا و ب : « الإمام فهى له عند أبى حنيفة » . وفي حـ : « الإمام: عند أبى حنيفة فهى له » .
(٧) فى ا و ب و حـ : « ويكون » .
(٨) كذا فى ب . وفي الأصل و ا و حـ : « غيرها » .
(٩) في حـ : « ملك » . وراجع فيما تقدم ص ٥٤٩ - ٥٥٠
(١٠) فى ا و ب و حـ : « و » .
(١١) فى ا و حـ : « و » . وفى ب : « فيجعل » .
(١٢) فى حـ : « الأراضى » .
(١٣) فى حـ كذا : « ويجوز ذلك » .
(١٤) « وجعل » ليست في ا و حـ .
(١٥) فى ا : « لسبق » . وفى حـ كذا : « لتسبق » .

يده ، على ما روى : « مِنى مَناخ من سبق »[١] .

• • •

ثم في[٢] الأراضى[٣] المملوكة : لا شركة لأحد في الحطب والقصب منها ، وإنما لهم حق في[٤] الكلأ ، وليس لأربابها منع الغير عن ذلك، للحديث الذى روينا[٥] . ولو منع عن الدخول، يقال له: « أخرج الكلأ إلى الطالب ، وإلا فاتركه حتى يدخل فيحصد بنفسه[٦] ».

وهكذا المروج[٧] المملوكة ، والأجمة المملوكة في حق الكلأ والسمك ، لا[٨] في الحطب والقصب .

• • •

ثم إذا حفر نهرا[٩] ـ هل له حريم ؟ عند بعض المشايخ على الخلاف

---

(١) كذا في ا و حـ . وفى ب : « منى مناخ لمن سبق » . وفي هامشها قال : «لماء : ماءنا مباح لمن سبق » . وفى الأصل : « الماء مباح من سبق » . وفى الكاسانى : (٦ : ١٩٥ : ١٤) : «منى مباح من سبق» . وجاء في بعض كتب الحديث (الجامع الصغير ، ٤ : ٥٠٨) « منى مناخ من سبق ـ فلا يجوز البناء فيها لأحد لئلا يضيق على الحاج وهى غير مختصة بأحد بل موضع النسك ومثلها عرفة ومزدلفة ـ قال العلقمى : وسببه كما فى ابن ماجة عن عائشة رضى الله عنها قالت : قلنا يا رسول الله : ألا نبنى لك بيتاً بمنى يظلك » ـ قال : لا ـ منى مناخ من سبق ».

(٢) « فى » ليست فى ب .

(٣) فى حـ : « فى الأرض » .

(٤) « فى » من ا و ب و حـ .

(٥) « الذى روينا » : ليست فى ا و حـ . والحديث هو : « منى مناخ من سبق » ـ راجع أول هذه الصفحة.

(٦) فى ا و حـ زاد : « بالإجماع » ـ انظر الكاسانى ، ٦ : ١٩٣ : ٦ وما بعده .

(٧) كذا فى ا و ب و حـ ولكن فى ا و حـ كذا : « المزوج » . وفى الأصل : « المراح » . وفى الكاسانى مثل ما في المتن (٦ : ١٩٣ : ٢٠) .

(٨) فى ب : « إلا » .

(٩) فى ب : « بئرا » .

الذى ذكرنا(١) فى المسناة. وعند(٢) بعضهم: له حريم، بقدر ما يحتاج إليه(٣)، بالاتفاق، لإلقاء الطين ونحوه.

. . .

واختلف أبو يوسف ومحمد فى مقداره(٤): قال أبو يوسف: قدر عرض(٥) نصف النهر من هذا الجانب، وقدر النصف من الجانب الآخر.

وقال محمد: قدر عرض(٦) جميع النهر(٧) من كل جانب.

وكذا الاختلاف فى الحوض.

فأما حريم بئر العَطَن(٨) فأربعون ذراعاً، بالإجماع.

وحريم العين خمسمائة ذراع، من كل جانب، بالإجماع(٩).

واختلفوا فى بئر الناضح(١٠): قال أبو حنيفة: أربعون من كل جانب.

وقالا: ستون ذراعا(١١).

---

(١) فى ا و حـ: «ذكرناه». راجع فيما تقدم ص ٥٤٨ — ٥٥١

(٢) فى ا: «عند». وفى حـ: «عن».

(٣) فى ب تكررت عبارة: «عند بعض ... يحتاج إليه».

(٤) كذا في ا و ب و حـ. وفي الأصل: «في مقدارها».

(٥) و (٦) «عرض» من ا و حـ.

(٧) «النهر» ليست فى ا و حـ.

(٨) فى المصباح: العَطَن للإبل المُناخ والمَبْرَك ولا يكون إلا حول الماء وقال الأزهرى أيضا: عطن الإبل موضعها الذي تتنحى إليه إذا شربت الشربة الأولى فتبرك فيه ثم يملأ الحوض لها ثانيا فتعود من عطنها إلى الحوض فتَعُلّ أى تشرب الشربة الثانية وهو العَلَل.

(٩) «بالإجماع» من ا و ب و حـ.

(١٠) فى المصباح: «ونضح البعير الماء حمله من نهر أو بئر لسقى الزرع فهو ناضح لأنه ينضح العطش أى يبله بالماء الذى يحمله ـ هذا أصله ثم استعمل الناضح في كل بعير وإن لم يحمل الماء. وفي المغرب: «وقولهم: حريم بئر العطن أربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ـ فإنما أضاف ليفرق بين ما يستقى منه باليد في العطن وبين ما يستقى منه بالناضح وهو البعير».

(١١) زاد فى ب: «والله تعالى أعلم بالصواب».

كتاب

الأشربة

قال[1] :

يحتاج إلى : تفسير أسماء[2] الأشربة[3] المحرمة في الجملة ،

وإلى بيان أحكامها .

أما الأسماء

فثمانية : الخمر ، والسكر ، ونقيع الزبيب ، ونبيذ التمر ، والفضيخ ، والباذق ، والطلاء[4] ويسمى المثلث[5] ، والجمهوري ويسمى أبو يوسفي[6]

أما الخمر ـ فهو[7] اسم للنيء من ماء العنب بعد ما غلى واشتد وقذف بالزبد[8] وسكن عن الغليان[9] وصار[10] صافياً ـ وهذا[11] عند أبي حنيفة .

---

(١) « قال » ليست في ب . وفي ا و حـ : « قال رحمه الله » .

(٢) « أسماء » من ا و حـ .

(٣) في ب : « إلى بيان تفسير الأشربة » .

(٤) في المغرب : ويقال لكل ما خثر من الأشربة طلاء على التشبيه حتى سمي به المثلث .

(٥) « ويسمى المثلث » ليست في ا و حـ .

(٦) في حـ : « أبو يوسفي » .

(٧) في ا و حـ : « فهي » .

(٨) كذا في ا و حـ . وفي ب : « الزبد » .

(٩) « وقذف ... الغليان » غير واضحة في المصورة من الأصل .

(١٠) في حـ : « فصار » .

(١١) « وهذا » من ا و حـ .

وقال أبو يوسف ومحمد[١] : إذا غلى واشتد[٢] ،فهو خمر،وإن لم يسكن عن[٣] الغليان[٤] .

وأما السكر - فهو[٥] الني‌ء[٦] من ماء الرطب بعدما غلى ، واشتد ، وقذف بالزبد وسكن غليانه[٧] عنده،وعندهما: إذاغلى ولم[٨] يسكن غليانه.

وأما نقيع الزبيب - فهو[٩] الزبيب إذا نقع فى الماء حتى خرجت حلاوته إلى الماء من غير[١٠] طبخ .

وأما نبيذ التمر - <ف> يقع على الماء الذى[١١] نقع[١٢] فيه التمر ، فخرجت حلاوته ، ثم اشتد وغلى[١٣] وقذف بالزبد - وهذا الاسم يقع على المطبوخ والنيء منه .

---

(١) كذا في ا و حـ . وفي ب : « وقالا » . وفي الأصل : « وعندهما » .
(٢) « وقذف ... إذا غلى واشتد » سقطت في الأصل من الناسخ وأضافها فى الهامش.
(٣) في ا و حـ : « من » .
(٤) زاد في ب : « وصار صافيا عند أبي حنيفة »وهى تكرار لعبارة سلفت في الصفحة السابقة.
(٥) في ا و حـ : « فهى » .
(٦) في ا و ب و حـ كذا : « التى » وفى الأصل غير منقوطة. وفي الهداية (٨ : ١٥٩) : « النيء » . وكذا في الكاساني (٥ : ١١٢ : ١٢ من أسفل) :
(٧) « وسكن غليانه » من ا و حـ . وفي الكاساني (٥ : ١١٢ : ١٢ من أسفل) : « وأما السكر فهو اسم للنيء من ماء الرطب إذا غلا واشتد وقذف بالزبد أو لم يقذف على الاختلاف » .
(٨) في حـ و ا : « وإن لم » .
(٩) في ا و حـ : « فهو أن » .
(١٠) « غير » ساقطة في ا و حـ .
(١١) « الماء الذى » من ا و ب و حـ .
(١٢) كذا في ا و حـ . وفى الأصل و ب : « أنقع » .
(١٣) « وغلى » من ا و ب و حـ .

وأما الفضيخ - فهو[1] البسر[2] إذا خرج منه الماء، وغلى، واشتد، وقذف بالزبد - وذلك بأن يكسر ويدق : يسمى[3] فضيخا[4] لأنه يفضخ أي يكسر ويرض.

وأما الباذق - فهو اسم لما[5] طبخ أدنى طبخ[6] من ماء العنب حتى ذهب[7] أقل من الثلثين[8]، سواء كان أقل من الثلث أو[9] النصف، أو طبخ أدنى طبخه[10] بعد ما صار مسكرا و[11] سكن عن[12] الغليان.

وأما الطلاء - فهو اسم المثلث، وهو المطبوخ من ماء العنب، بعدما ذهب ثلثاه، وبقى الثلث، وصار مسكرا.

وأما الجمهورى - فهو الطلاء الذى يلقى فيه الماء حتى يرق ويعود إلى المقدار الذى كان في الأصل، ثم طبخ[13] أدنى طبخه وصار مسكرا[14]،

---

(١) كذا فى ا و ب و حـ. وفى الأصل : « وهو ».
(٢) فى المصباح : البسر من ثمر النخل معروف.
(٣) فى ب : « ويسمى ». وفى حـ : « سمى ».
(٤) فى المصباح : الفَضْخ كسر الشيء الأجوف وفضخت رأسه ضربته فخرج دماغه.
(٥) فى حـ : « لماء ».
(٦) « أدنى طبخ » من ا و حـ. وهى فى الكاسانى (٥ : ١١٢ : ٨).
(٧) « حتى ذهب » من ا و حـ.
(٨) فى ا و حـ : « ثلثيه ».
(٩) فى حـ : « و ».
(١٠) فى ا و حـ : « طبخ ».
(١١) فى حـ و ا : « أو ».
(١٢) فى ا و حـ : « من ».
(١٣) فى ب : « يطبخ ».
(١٤) « وأما الجمهورى ... مسكرا » ليست فى ا و حـ.

هذا بيان الأسماء .

أما بيان الأحكام - فنقول :

أما الخمر فلها أحكام ستة :

الأول - تحريم شرب[١] قليلها وكثيرها[٢] .

ويحرم الانتفاع بها للتداوى وغيره . لكن عند أبى حنيفة : ما لم تسكن من الغليان يباح شربها ، وعندهما : إذا صار مسكرا يحرم شربه[٣] وإن لم يسكن من الغليان - قال[٤] عليه السلام : « حرمت الخمر[٥] لعينها : قليلها وكثيرها ، والسكر من كل شراب » .

والثاني - تكفير[٦] جاحد حرمتها - لأن حرمتها[٧] ثبتت[٨] بنص الكتاب[٩] .

والثالث - يحرم تمليكها ، وتملكها[١٠] ، بسبب الملك ، من البيع

---

(١) كذا فى ب . وفى الأصل : « شربه » .

(٢) فى حـ : « الأول - يحرم شربها قليله وكثيره » . وفى ا : « الأول - أنه يحرم شربها قليلها وكثيرها » . وفى ب : « الأول أنه يحرم شرب قليله وكثيره » .

(٣) « يحرم شربه » من ب . وفى ا و حـ : « حرم شربه » .

(٤) فى ا : « لبيان الحرمة قوله عليه السلام » . وفى حـ : « لبيان الحرمة لقوله » .

(٥) في ب : « الخمره » .

(٦) فى ا و ب و حـ : « يكفر » .

(٧) « لأن حرمتها » من ا و ب و حـ .

(٨) كذا في ا و حـ . وفى الأصل و ب : « ثبت » .

(٩) فى ا و حـ : « بنص كتاب الله تعالى » . وفى ب : « بكتاب الله تعالى » .

(١٠) فى ب كذا : « تحريم تمليكه وتمليكه » . وفى ا : « يحرم تمليكها والتملك » . وفى حـ : « يحرم تمليكها والتمليك » .

والهبة وغيرهما مما[١] للعباد فيه صنع[٢].

والرابع ـ هي[٣] نجسة[٤] نجاسة غليظة، حتى إذا أصاب[٥] الثوب أكثر من قدر الدرهم، يمنع جواز الصلاة ـ لقوله تعالى: « رجس من عمل الشيطان ».

والخامس ـ يجب الحد بشرب قليلها[٦] وكثيرها؛ بإجماع[٧] الصحابة عليه.

والسادس ـ يجب فيه الحد[٨]، مقدرا بثمانين سوطاً في حق الأحرار، وفي حق العبيد نصف ذلك.

• • •

وأما حكم السكر و[٩] نقيع الزبيب، والتمر من غير طبخ، والفضيخ والباذق ـ < ف > واحد، وهو أنه[١٠] يحرم شرب قليلها وكثيرها، لكن هذه الحرمة دون حرمة[١١] الخمر، حتى إن من جحد حرمة[١٢] هذه الأشربة لا يكفر، بخلاف الخمر.

---

(١) في ب: « بما ».
(٢) « مما للعباد فيه صنع » من ا و حـ. وهي في ب مع الاختلاف سالف الذكر.
(٣) في ا و حـ: « أنها ».
(٤) كذا في ا و ب و حـ. وفي الأصل: « نجس ».
(٥) كذا في ا و ب و حـ. وفي الأصل: « أصابت ».
(٦) في ب: « الحد على قليلها ».
(٧) في ا و ب و حـ: « لإجماع ».
(٨) « الحد » ليست في ا و حـ.
(٩) في ا و حـ: « وهو ».
(١٠) في ا و حـ: « أن ».
(١١) « حرمة » ليست في ب.
(١٢) « حرمة » ليست في ب و حـ.

وكذا لا يجب الحد بشرب[1] قليلها، وإنما يجب الحد بالسكر[2].

وقال بعض الناس بإباحة هذه الأشربة، مثل بشر المريسي[3].

وغيره - لورود الأخبار في إباحة شربها.

واختلفت الروايات[4] في النجاسة[5]: <ف> في رواية عن أبي حنيفة أنه نجس العين كالخمر، <ويمنع من جواز الصلاة ما كان>[6] مقدرا[7] بأكثر من قدر الدرهم، وفي رواية: طاهر. وعن أبي يوسف أنه اعتبر فيه[8] الكثير الفاحش.

وأما بيع هذه الأشربة و[9] تمليكها: <ف> جائز عند أبي حنيفة. وعند أبي يوسف ومحمد: لا يجوز ذلك[10] - فهما يقولان إن المال ما يباح

---

(١) في ب: «اشرب». وفي ا و حـ: «حد شرب».

(٢) في حـ: «السكر».

(٣) «بشر» من ا و ب و حـ. وقد وقع تصحيف في اسمه في ب. وهو بشر بن غياث المَرِيسي نسبة إلى قرية «مريس» بمصر وقد أدرك مجلس أبي حنيفة. وأخذ الفقه عن أبي يوسف وبرع فيه. وكان ذا ورع وزهد، ولكنه اشتهر بعلم الكلام والفلسفة، وقد حرر القول بخلق القرآن. وله تصانيف وروايات كثيرة عن أبي يوسف. وفي المذهب أقوال غريبة منها جواز أكل الحمار. وقد كفره البعض. وإليه تنسب الطائفة من المرجئة المسماة «المريسية». وقيل إن والده كان يهوديا قصارا صباغا. وقد توفي سنة ٢٢٨ وقيل سنة ٢١٨ وقيل سنة ٢١٩هـ. (الفوائد البهية). راجع الهامش ٢ ص ٣٥١ من الجزء الأول.

(٤) في ا و ب و حـ: «الرواية».

(٥) في ا و حـ: «في نجاستها».

(٦) مقتبس من الكاساني، ٥: ١١٥: ٢٠ - ٢١.

(٧) كذا في ب. وفي الأصل و ا و حـ: «مقدر». راجع الهامش السابق.

(٨) في ب: «منه».

(٩) الواو من ا و ب و حـ.

(١٠) «ذلك» من ب.

الانتفاع به، حقيقة وشرعا، وهذه الأشربة لا يباح شربها ولا الانتفاع بها شرعا، فلا تكون مالا، كالخمر. وأبو حنيفة يقول: إن الأخبار تعارضت في هذه الأشربة، في الحل والحرمة[١]، فقلنا بحرمة الشرب احتياطاً، ولا تبطل المالية الثابتة في الحالة الأولى، احتياطاً، لأن الاحتياط لا يجري في إبطال[٢] حقوق الناس.

. . .

وأما حكم الطلاء و[٣] حكم مطبوخ التمر، والزبيب، أدنى طبخ[٤]، على السواء[٥] — فالقليل منه حلال طاهر، والمسكر[٦] حرام، وهو القدح الذي يسكر. فإذا[٧] سكر يجب عليه الحد. ويجوز بيعه، وتمليكه، ويضمن[٨] متلفه — وهذا في قول[٩] أبي حنيفة وأبي يوسف.

وعن[١٠] محمد روايتان: في رواية أنه حرام شربه، لكن[١١] لا يجب الحد ما لم يسكر[١٢] — وهو قول الشافعي.

---

(١) « في هذه الأشربة في الحل والحرمة » ليست في حـ. وموضعها فيها بياض.

(٢) في ا و حـ: « لأن الاحتياط أن لا يحرم، سيما في عدم إبطال ».

(٣) « و » ساقطة من ا و حـ.

(٤) في ا و ب و حـ: « طبخه ».

(٥) في حـ: « على سواء » — راجع في معاني تلك الألفاظ ص ٥٥٧ وما بعدها

(٦) في ا و حـ كذا: « والسكر ».

(٧) في ا و ب و حـ: « وإذا ».

(٨) في ب: « وتضمين ».

(٩) في ب و حـ: « وهو قول ».

(١٠) في ب: « وعند ».

(١١) في ب: « شربه حرام لكن ».

(١٢) في ب: « مالم يسكره ».

وفي رواية- قال: لا أحرمه[١] ، ولكن لا[٢] أشرب منه .

والصحيح قولهما ، باتفاق[٣] عامة الصحابة على إباحة شربه ، حتى إن عند أبي حنيفة[٤] هذا من علامة مذهب السنة والجماعة ، حتى سئل عنها ، فقال : السنة أن تفضل الشيخين وتحب الختنين-إلى أن قال: ولا تحرم نبيذ[٥] الجر[٦] .

. . .

ثم[٧] ما سوى هذه الأشربة مما يتخذ من الحنطة ، والشعير، والذرة ، والسكر ، والفانيذ[٨] ، والعسل ، والتين - فهي مباحة[٩] ، وإن سكر منها ، ولا حد على من سكر منها[١٠] - هذا[١١] هو الصحيح من الرواية، لأن هذه من[١٢] جملة الأطعمة ، ولا عبرة بالسكر ، فإن في بعض

---

(١) في ح : « وفيه رواية : لا أحرمه» . وفي ا : « وفي روايته : لا أحرمه » .

(٢) « لا » ليست في ا و ح .

(٣) في ا و ب و ح : « لاتفاق » .

(٤) في ب : « حتى عد أبو حنيفة .. » .

(٥) « نبيذ » ليست في ا و ح .

(٦) في ح : « الجز » . وفي الكاساني (٥ : ١١٧ : ١) : « نبيذ الخمر » . والجَرّ جمع جرة وهي الإناء المعروف مثل تمرة وتمر وبعضهم يجعل الجر لغة في الجرة (المصباح) . وقال صاحب العناية (٨ : ١٦٦) : « جوز أكثر أهل العلم الانتباذ في الدباء وهو القرع والحنتم وهو جرار حمر أو خضر يحمل فيها الخمر إلى المدينة » .

(٧) في ا و ح : « وأما » .

(٨) في ا و ب و ح : « والفانيد » .

(٩) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « مباح » .

(١٠) « منها » ليست في ا و ح .

(١١) « هذا » ليست في ب .

(١٢) « من » ليست في ح .

البلاد قد يسكر المرء من الخبز[١] ونحوه : والبنج يسكر[٢] ، ولبن الرمكة[٣] يسكر[٤] .

وروى الحسن عن أبى حنيفة أن المسكر منه حرام ، كما فى المثلث ، ولكن إذا سكر منه ، لا حد فيه[٥] ، بخلاف المثلث[٦] .

. . .

ثم حد السكر الذى يتعلق به وجوب الحد ، والحرمة ، عند أبى حنيفة - أن[٧] يزول عقله بحيث لا يفهم شيئا .

وعندهما : إذا كان[٨] غالب كلامه الهذيان .

فما قاله[٩] أبو حنيفة غاية[١٠] السكر ، فاعتبر الكمال فى درء الحد ، ولو كان الخمر فيها حموضة غالبة ، و[١١] فيها طعم المرارة ، لكنه مغلوب ، فإنه لا يحل ما لم يزل من كل وجه .

وهما اعتبرا الغالب ، فيحل عندهما .

. . .

---

(١) في حـ : « المومن الخبز » . وفي ا : « وقد تسكر المرأة من الخبز » .

(٢) « يسكر » ليست في ا .

(٣) الرمكة الفرس أو البرذونة تتخذ للنسل (المنجد) . وفى المصباح : الرمكة الأنثى من البراذين .

(٤) في ب : « مسكر » .

(٥) في حـ : « عليه » .

(٦) المثلث هو الطلاء كما تقدم (راجع ص ٥٥٧ و ٥٥٩) .

(٧) في حـ : « إلى أن » .

(٨) « كان » ليست فى حـ .

(٩) فى ب : « قال » .

(١٠) فى ب : « فهو » .

(١١) « و » ليست في حـ .

ويحرم على الأب أن يسقى الصبيان خمرا ، وعليه الإثم فى الشرب .
وكذلك لو سقى الدواب حتى سكرت ، ثم ذبحها: لا يحرم أكل لحمها[١] .

. . .

ولو نقعت[٢] فيها الحنطة ، ثم غسلت، حتى زال[٣] طعمها ورائحتها[٤]: يحل أكلها .

ولو ألقى فى الخمر[٥] علاجا[٦] من الملح ، والسمك ، والبيض ، والخل، حتى[٧] صارت[٨] حامضا[٩]: يحل شربها عندنا ، وصارت خلا[١٠] . وعند الشافعى :لا يحل. ولقب المسألة أن تخليل الخمر بالعلاج : هل يباح أم لا[١١]؟ .

---

(١) كذا فى حـ . وفى الأصل : « ثم ذبح لا يحرم أكله» . وفى ب : « ثم ذبح لا يحرم أكل لحمه» . وفى ا : « ثم ذبحت لا يحرم أكل لحمها » .

(٢) كذا فى ا و حـ :« نقعت » . وفى الأصل و ب : « أنقعت » .

(٣) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « زالت » .

(٤) فى حـ :« ومن رائحتها » . وفى ا :« وأريحتها » .

(٥) « الخمر » ساقطة فى ا .

(٦) فى ا و حـ : « علاج » . ففى ا : « فيعلاج » ـ انظر الهامش السابق .

(٧) « حتى » ليست فى حـ .

(٨) التاء من ا و ب و حـ .

(٩) فى ب كذا : « خايضا » .

(١٠) فى ا و ب و حـ كذا : « خلالا» .

(١١) « ولقب المسألة... أم لا »من ا . وهى فى حـ و ب مع نقص « أم لا » فى ب ، ونقص « أن » في حـ .

ولو نقل[١] الخمر[٢] من الظل إلى الشمس، ومن الشمس إلى الظل[٣]، حتى تصير حامضاً - تحل عندنا[٤]، وللشافعي[٥] فيه قولان - والمسألة معروفة. والله أعلم.

---

(١) في ا: «نقلت». وفي حـ كذا: «تقلب».

(٢) «الخمر» ليست في ب.

(٣) «ومن الشمس إلى الظل» من ا. وفي حـ و ب: «ومنها إلى الظل».

(٤) في ا و ب و حـ: «فعندنا يحل».

(٥) كذا في ب. وفي ا و حـ: «وعند الشافعي». وفي الأصل: «وله».

كتاب

الحظر والإباحة

سمى[1] محمد بن الحسن رحمه الله ومشايخنا[2] هذا الكتاب: « كتاب الاستحسان » ، لما فيه من المسائل التي استحسنها العقل والشرع[3].

والشيخ أبو الحسن الكرخي[4] سماه: « كتاب الحظر والإباحة » ، لما فيه من[5] بيان أحكام[6] « الحظر والإباحة والكراهة والندب » على الخصوص[7].

وبدأ الكتاب بإباحة المس والنظر إلى الرجال والنساء[8] - فنقول :

النسوان على أربعة أنواع :

نوع منها - الزوجات ، والمملوكات بملك اليمين .

ونوع منها - الأجنبيات ، وذوات الرحم التي لا[9] يحرم نكاحهن[10] .

---

(١) في ا و حـ : « قال رحمه الله : سمى » .

(٢) في ب : « محمد ومشايخنا رحمهم الله » . وفي حـ : « محمد مشايخنا » .

(٣) « والشرع » ليست في ب .

(٤) راجع ترجمته في الهامش ٣ ص ٩ من الجزء الأول .

(٥) « من » من ا و ب و حـ .

(٦) « أحكام » ليست في ا و حـ .

(٧) « على الخصوص » ليست في ا و حـ .

(٨) في ا و حـ : « إلى النساء » فقط .

(٩) « لا » من ا و ب و حـ .

(١٠) في ا و حـ : « نكاحها » .

ونوع آخر - ذوات[١] الرحم المحرم ، والمحارم التى لا رحم لها كالمحرمة[٢] بالرضاع[٣] والصهرية .

ونوع آخر[٤] - مملوكات الغير .

أما النوع الأول :

فيحل للزوج[٥] والمالك[٦] النظر والمس من قرنها[٧] إلى قدمها ، عن شهوة ، ويحل الاستمتاع فى[٨] الفرج ، وما دون الفرج ، إلا[٩] فى حالة الحيض : فإنه لا يباح الوطء فى هذه الحالة ما لم تطهر .

وهل يباح الجماع فيما[١٠] دون الفرج ؟ قال أبو حنيفة وأبو يوسف : لا يباح الاستمتاع إلا فوق الإزار . وقال محمد : يجتنب شعار[١١] الدم ،

---

(١) فى حـ : « ذو » . وفى ا : « ذوا » .

(٢) كذا فى ا و ب و حـ : « كالمحرمة » . وفي الأصل : « كالمحرمية » .

(٣) فى ا سقطت العين في « بالرضاع » . فصارت كذا : « بالرضا » .

(٤) فى ب : « ونوع منها » .

(٥) فى حـ : « الزوج » . وانظر الهامش التالي

(٦) كذا فى ب . وفى الأصل و ا و حـ : « والمالك » .

(٧) فى ا و حـ : « فوقها » . والقرن شعر المرأة خاصة والجمع قرون ومنه : « سبحان من زين الرجال باللحى والنساء بالقرون » (المغرب) . وفى الكاسانى (٥ : ١١٩ : ٤) : « من رأسها » . وكذا في السطر الأسفل من نفس الصفحة .

(٨) فى ا و حـ : « من » .

(٩) الصفحة التى تبدأ من هنا أي بعبارة « فى حالة الحيض » والصفحة التى تليها وردا فى النسخة المصورة للأصل فى غير موضعهما إذ وردا على اعتبارهما ص ٤٤٢/٢ و ٤٤٥/١ . ووردت صفحتا ٤٤٢/٢ و ٤٤٥/١ على أنهما ٤٤٣/٢ و ٤٤٥/٣/١ وقد نبهنا إلى ذلك في كتاب الشركة : راجع الهامش ٦ ص ٩ .

(١٠) في ا : « فيها » .

(١١) في ا و حـ : « شماير » .

ويحل له ما وراء ذلك من غير إزار .

واختلف المشايخ فى تفسير قول أبى حنيفة وأبى يوسف: « ما فوق الإزار »[١] — بعضهم قالوا[٢] : أراد[٣] ما فوق السرة من البطن ونحوه ، ولا يباح ما دون السرة إلى الركبة. وقال بعضهم : أَراد به أنه[٤] يحل الاستمتاع مع الإزار لا[٥] مكشوفاً .

وكذا لا يحل الاستمتاع[٦] بالدبر عند عامة العلماء . وقال بعض أصحاب الظواهر : يباح .

والأصل فى ذلك[٧] قوله تعالى : « والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أَو ما ملكت أيمانهم»[٨] من غير فصل ، إلا أن حالة

---

(١) «ما فوق الإزار » ليست فى ا و حـ .

(٢) في ا و حـ :« قال بعضهم » .

(٣) فى ب كذا : « أرى » .وزاد هنا فى حـ : « ما بعض»

(٤) « أنه » ليست فى ا و حـ .

(٥) « لا » ليست في ب و حـ .

(٦) « الاستمتاع » ليست فى ا و حـ .

(٧) فى ب : « وأصل ذلك » .

(٨) زاد في ب قوله تعالى:«فإنهم غير ملومين»ـ سورة المؤمنون: ٥ـ٦ وقد وردت وسط آيات هى :« قد أفلح المؤمنون. الذين هم فى صلاتهم خاشعون . والذين هم عن اللغو معرضون. والذين هم للزكاة فاعلون . والذين هم لفروجهم حافظون. إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين . فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون ». وسورة المعارج : ٢٩ — ٣٠ وقد وردت وسط آيات هي : « إن الانسان خلق هلوعا . إذا مسه الشر جزوعا . وإذا مسه الخير منوعا . إلا المصلين . الذين هم على صلاتهم دائمون ...والذين هم لفروجهم حافظون. إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين . فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون » .

الحيض صارت مستثناة لقوله[١] تعالى : « ويسألونك عن المحيض : قل هو أذى (الآية) »[٢] . وصار[٣] الاستمتاع بالدبر مستثنى بإجماع الصحابة ، وبحديث[٤] على رضى الله عنه أن النبي عليه السلام قال : « من أتى حائضاً ، أو امرأة فى دبرها ، أو أتى كاهناً فصدقه فيما يقول - فهو كافر بما أنزل[٥] على محمد صلى الله عليه[٦] » .

وأما النظر إلى عين[٧] الفرج : <ف> مباح[٨] أيضاً ، لأن الاستمتاع مباح[٩] ، فالنظر أولى ، لكن ليس من الأدب النظر إلى[١٠] فرج نفسه أو[١١] إلى فرجها .

وأصل ذلك ما روى عن عائشة رضى الله عنها[١٢] أنها[١٣] قالت :

---

(١) فى ب : « بقوله » .

(٢) البقرة : ٢٢٢ والآية : « ويسألونك عن المحيض : قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن ، فإذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله إن الله يحب التوابين ويحب المتطهرين » .

(٣) فى ا : « فصار » .

(٤) فى ا و ح : « والحديث » .

(٥) في ا : « بما أنزل الله » .

(٦) زاد فى ح و ا : « وسلم » . و « صلى وسلم » ليست في ب .

(٧) في ا و ح : « غير » .

(٨) فى ح و ا : « يباح » .

(٩) فى ح : « يباح » .

(١٠) « الى » ليست فى ح .

(١١) الهمزة من ا و ب و ح .

(١٢) زاد فى ا و ح : « وعن أبيها » .

(١٣) كذا فى ا و ب و ح . وفي الأصل : « أنه » .

« قبض رسول الله صلى الله عليه وما نظرت إلى ما منه وما نظر[١] إلى ما منى » .

وأما النوع الثاني – وهو المحارم من ذوات الرحم، والمحارم التي لا رحم لها من[٢] الأجنبيات – فنقول :

النظر حرام ، إلى هؤلاء : إلى[٣] ما بين السرة والركبة ، و[٤] إلى البطن والظهر ، ويباح النظر إلى ما سوى ذلك من الشعر ، والصدر ، والساعدين[٥] ، والساقين ، ونحوها – لقوله تعالى : « ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن (الآية) »[٦] . ولكن هذا إذا كان غالب رأيه أنه لا يشتهى . فأما إذا كان غالب حاله[٧] أنه يشتهى :< ف > لا يباح

---

(١) « ما نظر » من ب و ا – « إلى ما منه . . . منى » ليست فى حـ وموضعها فيها بياض . وهى فى الكاسانى (٥ : ١١٩ : ١٠ من أسفل) .

(٢) « المحارم التي لا رحم لها من » من ب . وفي الأصل و ا و حـ : « من ذوات الرحم والأجنبيات » . وهذا النوع هو ما ورد « ثالثا » عند ذكره أنواع النساء (ص ٥٦٨) . والمقصود بالمحارم التى لا رحم لها من الأجنبيات المحارم من جهة الرضاع والمصاهرة (راجع ص ٥٦٨) .

(٣) فى حـ : « وإلى » . وفى ا : « إلا » . وفي ب : « إلى هؤلاء ما بين » .

(٤) فى ا و حـ : « والنظر » .

(٥) فى ا و حـ : « والساعد » .

(٦) النور : ٣١ – والآية : « وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن ويحفظن فروجهن ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها وليضربن بخمرهن على جيوبهن ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن أو آبائهن أو آباء بعولتهن أو أبنائهن أو أبناء بعولتهن أو إخوانهن أو بنى إخوانهن أو بنى أخواتهن أو نسائهن أو ما ملكت أيمانهن أو التابعين غير أولى الإربة من الرجال أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء ولا يضربن بأرجلهن ليعلم ما يخفين من زينتهن وتوبوا إلى الله جميعا أيها المؤمنون لعلكم تفلحون » .

(٧) فى ا و ب و حـ : « رأيه » .

له[1] النظر .

وما عرفت من الجواب فى حق النظر ، فهو الجواب فى حق المس : أنه[2] لا يباح له[3] مس الأعضاء التى لا يباح له النظر إليها، ويباح مس الأعضاء التى يباح له النظر إليها[4][5] .

وهذا إذا كانت الأعضاء مكشوفة .

فأما إذا كانت مع الثياب ، واحتاج ذو الرحم المحرم إلى مس هذه الأعضاء الأربعة ، وراء الثوب ، للإركاب[6] والإنزال ،والوضع فى القبر واللحد ـ فلا بأس بذلك[7] إذا كان لا يشتهى ، لأجل الحاجة .

وأما النوع[8] الثالث ـ وهو[9] مملوكات الغير :

فحكمها وحكم ذوات الرحم المحرم فى حرمة[10] النظر والمس[11] ، سواء.

---

(١) « له » من ب .

(٢) كذا فى ب . وفي ا و حـ : « لأنه » .

(٣) « له » ليست فى ا . انظر الهامش بعد التالي .

(٤) فى ب : « له النظر ويباح من الأعضاء ما يباح له النظر » اهـ . انظر الهامش التالي .

(٥) « أنه لا يباح ... إليها » من حـ .

(٦) فى حـ : « الإرتاب » .

(٧) فى ا و ب و حـ : « به » .

(٨) فى حـ : « نوع » .

(٩) « وهو » ليست فى ا و حـ .

(١٠) فى ا و حـ : « فى حق » .

(١١) فى ا و حـ : « والمس » .

وأما النوع الرابع ـ وهو [1] الأجنبيات ، وذوات الرحم بلا محرم [2] :

فإنه يحرم النظر إليها [3] أصلا [4] من رأسها إلى قدمها ، سوى الوجه والكفين ، فإنه لا بأس بالنظر إليهما [5] من غير شهوة . فإن كان غالب رأيه أنه يشتهي ، يحرم [6] أصلا [7] .

وأما المس [8] <فـ>يحرم ، سواء [9] عن شهوة ، أو عن غير شهوة ـ وهذا إذا كانت شابة .

فإن كانت عجوزا [10] ، فلا بأس بالمصافحة إن كان غالب رأيه أنه لا يشتهي . ولا تحل المصافحة إن كانت تشتهي [11] . وإن كان الرجل [12] لا يشتهي [13] .

---

(١) في ا و حـ : « فهو » .

(٢) في ا و ب و حـ : « بلا حرمة » . . والمقصود ذوات الرحم الذي لا يحرم النكاح كبنت العم والعمة والخال والخالة (الكاساني ، ٥ : ١١٩ : ٣) .

(٣) « إليها » من ا و حـ .

(٤) « أصلا » ليست في ب .

(٥) في ا و ب و حـ : « إليها » .

(٦) في ا و حـ : « لا يباح » .

(٧) « أصلا » من ا و ب و حـ .

(٨) في ا و حـ : « اللمس » .

(٩) في ا و حـ : « سواء كانت » . وفي ب : « سواء كان » .

(١٠) كذا في ب . وفي الأصل و ا و حـ : « عجوزة » .. وقد قيل إنه يصح التأنيث بالهاء وقيل إنه لا يصح (انظر المصباح) . وفي القرآن الكريم (هود : ٧٢) : « أألد وأنا عجوز » . راجع الهامش ١٠ ص ٥٠٥ .

(١١) كذا في ب و ا و جـ وفي الأصل : « إن كان يشتهي » .

(١٢) في ا و حـ : « والرجل » .

(١٣) انظر الكاساني ، ٥ : ١٢٢ : ٢٤ – ١٢٣ .

فإن كان عند الضرورة : فلا بأس بالنظر ، وإن كان يشتهى[1] ، كالقاضى[2] والشاهد : ينظر إلى وجهها ، عند القضاء[3] ، وتحمل الشهادة[4] ، أو[5] كان يريد تزوجها[6] ، لأن الغرض ليس[7] هو اقتضاء الشهوة ، على ما[8] روى عن النبي عليه السلام أنه قال للمغيرة[9] ابن شعبة : « لو نظرت إليها لأحرى[10] أن يؤدم بينكما » .

وأما النظر إلى القدمين ـ هل يحرم[11] ؟ ذكر[12] فى « كتاب الاستحسان » : هى[13] عورة فى حق النظر ، وليس بعورة فى حق الصلاة. وكذا ذكر فى «الزيادات» إشارة[14] إلى أنها ليست[15] بعورة فى حق الصلاة .

---

(١) في ح كذا : « ولمن كانت كالقاضى » .

(٢) فى ب : « فالقاضى » .

(٣) فى ب كذا : « وجهها القضا » . وانظر الهامش التالي

(٤) فى ح : « عند القاضى والشهادة » . وفى ا : « عند القضاء والشهادة » .

(٥) فى ح : « إن » .

(٦) فى ا و ب و ح : « تزوجها » .

(٧) « ليس » ليست فى ا .

(٨) في ا و ح : « لما » .

(٩) كذا فى ا. وفى الأصل و ب و ح : « لمغيرة » . راجع ترجمته فى الهامش ١٠ ص ١٦٢ من الجزء الأول .

(١٠) فى ا و ح : « كان أحرى » .

(١١) « هل يحرم » ليست فى ا و ح .

(١٢) فى ا و ح : « قد ذكر » .

(١٣) فى ح : « هو » .

(١٤) « إشارة » ليست فى ا .

(١٥) فى ح : « ليس » .

وذكر ابن شجاع[١] عن الحسن عن أبي حنيفة أنها ليست بعورة، في حق النظر، كالوجه والكفين[٢].

• • •

وأما الرجال في[٣] حق الرجال[٤]: <ف> يباح لكل واحد النظر إلى الآخر، سوى ما بين الركبة[٥] إلى السرة. والركبة عورة عندنا، خلافا للشافعي[٦]. والسرة ليست بعورة عندنا، وعنده عورة.

• • •

وكذلك النساء في حق النساء: يباح النظر إلى جميع الأعضاء سوى ما بين الركبه إلى السرة.

وما يباح النظر[٧] يباح المس من غير شهوة. ولا يباح المس والنظر[٨] إلى ما بين السرة والركبة[٩]، إلا في حالة الضرورة، بأن

---

(١) في ا و حـ: «ابن سماعة». وفي الكاساني (٥: ١٢٢: ١): «وروى الحسن عن أبي حنيفة ...». وفي الشلبي على الزيلعي (٦: ١٧): «وقال الكرخي في مختصره: قال ابن شجاع عن الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز النظر إلى وجهها وكفيها وقدميها». وتقدمت (في الهامش ٦ ص ١١٨ من الجزء الأول) ترجمة ابن شجاع وهو محمد بن شجاع أبو عبد الله الثلجي تلميذ الحسن بن أبي مالك والحسن بن زياد. وتوفي سنة ٢٦٦ هـ.

(٢) كذا في ا و ب و حـ. وفي الأصل تشبه: «والكمين».

(٣) في ب: «ففي». (٤) «الرجال» ساقطة في حـ.

(٥) في ا و حـ: «الركبتين».

(٦) في ا و حـ و ب: «وعند الشافعي ليست (في ب: ليس) بعورة».

(٧) في ب: «النظار فيه».

(٨) «إلى جميع الأعضاء سوى... المس والنظر» ليست في ا و حـ. وفيهما: «وكذا النساء في حق النساء: يباح النظر واللمس (في حـ: والمس) لهن بعضهن إلى بعض إلى ما بين».. انظر الهامش التالي

(٩) في ب: «إلى ما بين السرة إلى». وفي ا: «إلا ما بين السرة إلى الركبة». وفي حـ: «إلى بين السرة وإلى الركبة».

كانت المرأة[١] ختانة تختن[٢] النساء ، أو كانت تنظر إلى الفرج[٣] لمعرفة البكارة ، أو كان[٤] فى موضع العورة قرح[٥] أو جرح يحتاج إلى التداوى[٦]. وإن كان[٧] لا يعرف ذلك[٨] إلا الرجل، يكشف[٩] ذلك الموضع الذى[١٠] فيه جرح وقرح[١١] ، فينظر إليه ، ويغض البصر[١٢] ما استطاع.

وكذا يباح للنساء النظر إلى الرجال ، إلا فيما[١٣] بين السرة إلى الركبة[١٤] ، لأن هذا ليس بعورة ، فإن الرجال قد يكونون[١٥] فى إزار واحد فى الأسواق، ولم ينكر عليهم أحد.[١٦]

---

(١) في ب : « امرأة » .
(٢) كذا فى ا و حـ . وفى ب والأصل تشبه : « تختتن » .
(٣) « إلى الفرج » ليست فى حـ و ا .
(٤) فى ا و حـ : « كانت » .
(٥) فى ب كذا : « فرج » .
(٦) فى حـ كذا : « الدواى » .
(٧) في ب : « فإن كان » .
(٨) « ذلك » ليست فى ا و حـ .
(٩) فى ب : « يكشف له » .
(١٠) « الذى » ليست في ب .
(١١) فى ا و حـ : « القرح والجرح » . وفى ب : « الجرح أو القرح ».
(١٢) فى ا : « بصره » .
(١٣) فى حـ كذا: « إلى ما بين » . وفى ا : « إلا ما بين » .
(١٤) فى ب : « و الركبة » .
(١٥) فى ا و حـ : « يكونوا » .
(١٦) زاد فى ب : « والله أعلم ».

باب[١] آخر

قال[٢] :

رجل رأى إنساناً قتل أباه ، عمدا ، بالسلاح ، أو أقر عنده ، ثم قال القاتل : « إنما قتلته ، لأنه قتل وليى[٣] عمدا ، أو أنه ارتد عن الإسلام » ، ولم[٤] يعرف الابن ذلك إلا بدعواه : فإنه يباح له أن يقتص منه[٥] ، ولا يقبل قوله ، لأن القصاص ثبت عنده اوجودُ[٦] القتل العمد ظاهرا ، بالعيان أو بالإقرار ، فإن الإقرار حجة بنفسه ، وقول القاتل يحتمل الصدق والكذب ، فلا يعتبر إلا بحجة[٧] .

ولو شهد ، عنده ، رجلان ، عدلان : « إن هذا الرجل قتل أباك ، عمدا ، بالسلاح » ـ فإنه لا يباح له أن يقتله ، لأن قول الشاهدين لا يصير حجة ، بدون قضاء القاضي[٨] ، بخلاف الإقرار والعيان .

ولو شهد عند الابن شاهدان على دعوى القاتل : أنه قتله بحق ،

---

(١) فى ا و ح : « كتاب » .

(٢) « قال » ليست فى ب . وفى ا و ح : « قال رحمه الله » .

(٣) فى ا و ح : « أبى » .

(٤) فى ح : « ولن » .

(٥) « منه » ليست فى ب .

(٦) فى ا و ب و ح : « بوجود » .

(٧) « بنفسه وقول... بحجة » ليست في ا و ح .

(٨) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « بدون القضاء » .

ينظر : إن كان بحال لو شهدا عند القاضى ، فالقاضى[١] يقضى بشهادتهما[٢] : فإنه لا يتعجل بالقتل ، بل يتوقف إلى أن يشهدا عند القاضى . وإن كان بحال لا يقبل القاضى قولهما : يباح له أن يقتله[٣] للحال ـ بيانه :

ـــ إذا كان الشاهدان محدودين[٤] فى القذف ، أو فاسقين[٥] ، أو النساء وحدهن ـ فالقاضى لا يقضى بقولهم[٦] ، و[٧] يباح له أن[٨] يقتله للحال . وإن كانا رجلين عدلين : يتوقف .

ـــ وكذلك فى الشاهد الواحد: يتوقف.

ـــ وروى عن محمد : فى المحدودين أحب إلى أن يتوقف ، لأن القاضى ربما يقبل شهادتهما ، على رأى الشافعى ، ويكون اجتهاده يفضى إليه ، ويراه حقاً وصوابا ، وقضاء[٩] القاضى ، فى فصل مختلف[١٠] فيه ، جائز .

ـــ وكذلك فى الفاسقين، والنساء وحدهن: يجب أن يكون الجواب[١١]

---

(١) « فالقاضى » ليست فى ا و ح .

(٢) فى ح : « شهادتهما » . وفى ب : « يحكم بشهادتهما » .

(٣) فى ب : « أن يقتله » . وهى ليست فى ح .

(٤) فى ا و ح : « شاهدان محدودان » .

(٥) فى ا و ح : « فى القذف أو فاسقان » .

(٦) « بقولهم » ليست فى ا .

(٧) « و » من ب .

(٨) فى ح تكررت : « له أن » .

(٩) فى ا : « فقضاء » . وفى ح كذا : « وقضى » .

(١٠) فى ح : « فاختلاف » .

(١١) « الجواب » من ا و ب و ح .

كذلك، عنده، لأن ذلك فصل[١] مختلف فيه أيضاً[٢].

ـ وكذلك الجواب فيما إذا[٣] رأى إنساناً أخذ مال أبيه، أو أقر عنده، ثم قال: «كان[٤] ذلك عنده وديعة لى[٥] فأخذته» أو: «كان لى عليه دين فاقتضيته» ـ فله أن يأخذه[٦].

ـ ولو شهد رجلان عنده بذلك: ليس له أن يأخذ، لما قلنا.

ـ ولو أن القاضى إنما[٧] قضى فى فصل مجتهد فيه، وهو من[٨] أهل الاجتهاد برأيه. والمقضى عليه فقيه مجتهد يرى بخلاف ما يقضى به القاضى، فإنه يجب عليه أن يترك رأيه برأى القاضى، سواء كان ذلك من باب الحل أو[٩] الحرمة أو الملك أو الطلاق أو[١٠] العتاق ونحوه، لأن قضاء القاضى فى فصل مجتهد فيه ينفذ بإجماع الأمة، لأن رأيه ترجح[١١] بولاية القاضى[١٢] ـ وهذا[١٣] قول محمد. وكذا قال أبو يوسف فيما ليس

---

(١) «فصل» ليست فى ح.
(٢) «أيضاً» من ا و ب و ح.
(٣) «إذا» ليست فى ح.
(٤) «كان» من ا و ب و ح.
(٥) «لى» ليست فى ح. وفى ا و ب: «منى».
(٦) كذا فى ا. وفى الأصل و ب و ح: «يأخذ».
(٧) فى ا و ب و ح: «إذ».
(٨) «من» ليست فى ب.
(٩) في ا و ح: «و».
(١٠) الهمزة من ب.
(١١) «قضاء القاضى ... ترجح» ليست فى ا و ح.
(١٢) في ب: «القضاء».
(١٣) في ب: «وهو».

من باب الحرمة ، فأما إذا كان من باب الحرمة : ح ف> يتبع رأى نفسه ، احتياطا فى باب الحرمة[١] ـ بيانه :

ـــ رجل قال لامرأته : « أنت طالق[٢] ألبتة » ، وهو رجل فقيه : فى زعمه واجتهاده أنه طلاق ثلاث أو بائن . فرفعت[٣] المرأة الأمر[٤] إلى القاضى ، ورأيه أنه طلاق واحد . يملك الرجعة ، فقضى[٥] بالحل للمرأة عليه ، يحل للزوج وطؤها[٦] ، ويصير رأيه متروكاً برأى القاضى عند محمد ، وعند أبى يوسف بخلافه .

ـــ ولو كان رأى الزوج أن هذا طلاق[٧] رجعى ، ورأى القاضى أنه طلاق بائن أو ثلاث ، فقضى[٨] بالحرمة ، يحرم عليه وطؤها فى القولين .

ـــ ولو كان الرجل[٩] المطلق ليس بفقيه ، فأفتى له الفقهاء بأن هذا طلاق[١٠] محرم ، ورفعت الأمر[١١] إلى القاضى وقضى القاضى[١٢]

---

(١) « فأما إذا كان ... الحرمة » ليست فى ا و حـ .
(٢) في ا : « طلاق » .
(٣) في ب : « رفعت » .
(٤) « الأمر » من ا و ب و حـ .
(٥) كذا في ا و ب و حـ . وفى الأصل : « يقضى » .
(٦) « وطئها » ليست فى حـ .
(٧) فى ا و حـ : « ولو رأى الزوج أنه طلاق » .
(٨) فى ب : « يقضى » .
(٩) « الرجل » ليست فى ا .
(١٠) « طلاق » ليست فى ب . وفى ا و حـ : « الطلاق » .
(١١) فى ب : « رفع الأمر » . وفى ا و حـ : « فرفعت المرأة الأمر » .
(١٢) فى ا و حـ : « فقضى بالحل » . وفى ب : « فإن قضى القاضى » .

بالحل: يحل له وطؤها، لأن فتوى الفقهاء <للطاق>[1] بمنزلة الاجتهاد منه، فيجب عليه ترك الفتوى برأى القاضى عند محمد، خلافاً لأبى يوسف .

— و[2] إذا كانت المسألة على العكس[3]، فالجواب كذلك : أنه يتبع رأى القاضى من[4] القولين .

— ولو أن فقيهاً مجتهدا قال لامرأته : « أنت طالق ألبتة » ورأيه أنه ثلاث[5] ، وعزم على الحرمة و[6] أمضى رأيه فيما بينه وبينها[7] ، <وأجنب>[8] عنها، ثم تحول رأيه إلى[9] أنه طلاق يملك الرجعة — يجب[10] العمل بالرأي الأول فى حق[11] هذه المرأة، حتى لا يحل له[12] وطؤها، إلا بنكاح جديد، أو بعد الزوج الثانى[13] ، وبالرأي الثانى فى المستقبل في حقها وفى حق غيرها، لأن ما أمضى بالاجتهاد لا[14] ينقض

---

(١) فى الأصل وغيره : « للقاضى ». راجع الصفحة السابقة.

(٢) الواو من ب .

(٣) فى ا و حـ : « بالعكس » .

(٤) فى ا و ب و حـ : « فى » .

(٥) زاد فى ا و حـ : « طلقات » . وفى ب زاد : « تطليقات » .

(٦) فى ا و حـ : « أو » .

(٧) في ا و حـ : « بينهما » .

(٨) أى تباعد (المنجد) . وفى الأصل تشبه : « اجتنبت » . وفي ب تشبه : « واجتنب » وفي حـ كذا : « وأحيلت » . وفى ا كذا : « واحبلت » .

(٩) « إلى » ليست فى ا و ب و حـ .

(١٠) فى ا و ب و حـ : « يجب عليه » .

(١١) « حق » ليست فى ا و حـ .

(١٢) « له » ليست فى ب .

(١٣) فى ا و حـ كذا : « أو تزويج ثانى » . وفى ب : « أو بالزوج الثانى » .

(١٤) في ا و حـ : « ولا » .

باجتهاد[1] مثله .

ولو لم يعزم على الحرمة ، ولم[2] يمض اجتهاده بينه وبينها ، حتى تحول رأيه إلى[3] الحل وأنه طلاق رجعي ـ له أن يطأها ، ولا تقع الفرقة لأنه لم يوجد إمضاء الاجتهاد[4] الأول ، فصار كالقاضي[5] إذا كان رأيه[6] التحريم فقبل[7] أن يقضي تحول رأيه إلى الحل ، يعمل[8] بالرأي الثاني ، ويقضي بالحل في حق هذه المرأة ـ فكذا هذا[9][10] .

---

(١) في ح : « بالاجتهاد » .

(٢) في ح : « فلم » .

(٣) في ح : « في » .

(٤) في ب : « اجتهاده » ـ انظر الهامش التالي

(٥) « له أن يطأها ... كالقاضي » ليست في ح و ا .

(٦) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « له رأى » .

(٧) الفاء من ب .

(٨) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « فعمل » .

(٩) « فكذا هذا » ليست في ب .

(١٠) زاد في ب : « والله تعالى أعلم بالصواب » .

باب آخر منه [١]

لا خلاف [٢] بين الأمة في إباحة [٣] **استعمال الحرير** ، للنساء ، لبسا ، واستفراشا ، وجلوساً عليه [٤] ، ونحو ذلك .

فأما في حق الرجال : < فـ > اللبس حرام بالإجماع ، بأن جعله قباء ، أو قميصا ، أو قلنسوة ، وهو حرير خالص ، في غير حالة الحرب . فأما في حال [٥] الحرب فكذلك عند أبي حنيفة ، وعندهما : يباح اللبس في حال [٦] الحرب .

وهذا إذا كان كله حريرا . فأما إذا كان لحمته حريرا ، فلا يكره في الحرب ، بالإجماع ، ويكره في غيره .

وإذا كان السدى [٧] حريرا لا غير : لا يكره ، بالإجماع .

وأصله قوله عليه السلام على ما [٨] رواه علي بن أبي طالب أن النبي عليه السلام أخذ حريرا بشماله وذهباً بيمينه ورفع بهما يديه [٩] وقال :

---

(١) « منه » ليست في ا و حـ .

(٢) في ا و حـ : « قال رحمه الله : لا خلاف » .

(٣) « إباحة » من ب و ا .

(٤) « عليه » ليست في ا .

(٥) و (٦) في ا و حـ : « حالة » .

(٧) في ا و حـ : « وإن كان سداه » .

(٨) « على ما » من ب . وفي ا و حـ : « قوله عليه السلام عن علي ... » . وفي ب : « على ما روى عن علي » .

(٩) « يديه » ليست في ب .

« إن هذين حرام[1] على ذكور أمتى ، حل لإناثها[2] » ـ فأبو حنيفة أخذ[3] بعموم[4] الحديث ولم يفصل بين[5] الحرب وغيره . وهما قالا بالإباحة فى حق أهل الحرب ، لأن لباس[6] الحرير أهيب للعدو وأثبت للسلاح . فخصا[7] أهل الحرب من[8] عموم[9] الحديث ، ولكن أبا[10] حنيفة قال : هذا المعنى يحصل بما إذا كان لحمته حريرا ، فلا ضرورة فى الحرير الخالص .

وأما لباس الصبيان والمجانين : فحرام[11] على الأولياء ، ويأثمون بذلك . أما لا حرمة[12] فى حقهم < فلأنه >[13] لا خطاب عليهم .

. . .

وأما النوم على[14] الحرير ، واستعماله فى الجلوس عليه والاتكاء[15]

---

(١) في ح : « حرامين » .
(٢) في ا و ح : « لإناثهم » .
(٣) في ب : « فعمل أبو حنيفة » .
(٤) في ح : « لعموم » .
(٥) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « بين أهل الحرب » ويبدو أن « أهل » مشطوبة .
(٦) في ب : « لبس » .
(٧) في ح : « نخصصا » . وفي ا : « فخصصها » .
(٨) في الأصل وغيره : « عن » .
(٩) « عموم » من ا و ب و ح .
(١٠) في ا و ب و ح : « أبو ... » .
(١١) كذا في ا و ح . وفي الأصل و ب : « حرام » .
(١٢) في ح كذا : « أما لحرمة » .
(١٣) في الأصل : « فإنه » . وفي ا و ب و ح : « لأنه » .
(١٤) « على » ليست فى ب .
(١٥) في ح : « في الجلوس في الاتكاء » .

عليه[١] ـ فجائز عند أبي حنيفة ، لأنه[٢] ليس فيه[٣] تعظيم . بخلاف اللباس[٤] . وعندهما : لا يجوز للرجال أيضاً ، لأنه لباس[٥] الكفرة[٦] من الأعاجم .

ولكن القليل من الحرير عفو في حق اللبس[٧] . وذلك مقدار ثلاث أصابع أو أربع ، فإن النبي عليه السلام لبس[٨] فروة[٩] أطرافها من حرير ، وكذلك العلم في الثياب[١٠] معتاد من غير نكير من أحد[١١] ، فيكون إجماعاً .

. . .

وأما استعمال الذهب والفضة بطريق التحلي : < ف > مباح في حق النساء ، وفي حق الرجال حرام ، سوى التختم بالفضة . لما روينا من الحديث ، وجاءت الرخصة في الخاتم .

وأما استعمال الأواني من الذهب والفضة ، في الشرب والأكل

---

(١) كذا في ب . وفي الأصل و ا و ح : « به » .
(٢) في ب : « لأن » .
(٣) « فيه » ليست في ا و ح . وفي ا : « ليس بتعظيم »
(٤) في ا و ح : « اللبس » .
(٥) في ا : « لبس » . وفي ح كذا : « ليس » .
(٦) زاد في ا و ح : « أيضا » .
(٧) في ب : « في حق اللباس أيضا » .
(٨) « وذلك مقدار ... لبس » ليست في ا و ح .
(٩) في ح : « فردة » .
(١٠) أى أن تكون ذات علامة (انظر الكاساني ، ٥ : ١٣١ : ١٣ — ١٠ من أسفل) .
(١١) في ح : « من واحد » . وفي ا : « نكير واحد » .

والادهان ، ونحو ذلك مما يستعمل فى البدن[١] ـ فحرام فى حق الرجال والنساء جميعا[٢] ، حتى[٣] المكحلة والمرآة والمجمر[٤] ونحوها ، وكذلك الركاب[٥] واللجام والثَّفر[٦] والكرسى والسرير ونحوها . أما إذا كان مفضضاً أو مضبباً[٧] فلا بأس[٨] باستعماله عند أبى حنيفة ، وكذلك إذا كان على السَّيف[٩] .

وعندهما[١٠] : يكره ذلك[١١] كله ، لأن الذهب والفضة صارا من أجزاء ذلك الشىء .

وأبو حنيفة يقول إنه تبع لما ليس بذهب وفضة[١٢] ، والعبرة للأصل[١٣] ـ وهذا فى إحدى الروايتين . وفى رواية : إذا كان فمه عند الشرب[١٤] يقع على العود : لا[١٥] يكره ، وإن كان يقع[١٦] على الفضة : يكره .

(١) في ا : « يستعمل ذلك في البدن » .
(٢) « جميعا » ليست في ا و حـ و ب .
(٣) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « حتى لان » .
(٤) المجمر ما يوقد فيه العود (المغرب) . وفي ا و حـ و ب : « والمجمرة » .
(٥) في حـ كذا : « وكذلك الدكان » .
(٦) « والثفر » من ا و ب و حـ . والثفر بالتحريك هو من السرج ما يجعل تحت ذنب الدابة (المغرب) .
(٧) أى مشدودا والمقصود بالذهب أو بالفضة . انظر الكاسانى ، ٥ : ١٣٢ .
(٨) في حـ : « لا بأس » .
(٩) كذا في ا و حـ . وفي الأصل و ب : « السقف » .
(١٠) في حـ : « وعنده » .
(١١) « ذلك » ليست في ا و حـ .
(١٢) في ا و حـ : « بالذهب والفضة » .
(١٣) في حـ : « الأصل » .
(١٤) في ا و حـ : « الشراب » .
(١٥) في . : « ولا » .
(١٦) « يقع » ليست في حـ .

وكذا إذا كان الجلوس على الكرسي المفضض والمذهب ، على هاتين الروايتين : إن كان الجلوس على موضع[١] العود: لا يكره ،وإن كان على الفضة : يكره . وفى رواية :لا يكره أصلا .

وهما رخصا في المصحف في رواية[٢] . وفي رواية يكره في المصحف أيضاً .

وهذا إذا كان الذهب مما يخلص بالإذابة .

فأما إذا كان مموهاً بماء الذهب و[٣]الفضة ، فلا بأس به[٤] ، لأنه لا يخلص عند الإذابة .

وكذا كتابة الذهب[٥] والفضة على الثياب: فعلى[٦] هذا الاختلاف.

وإذا جُدِع[٧] أنفه،فجعل[٨] أنفامن فضة،لإزالة الشين، لا يكره. ولو جعل من الذهب لا يكره أيضا ، لأنه إذا كان من الفضة ينتن[٩] ، فرخص في ذلك ، وفي عين[١٠] هذا ورد الأثر .

---

(١) فى ب : « مواضع ».

(٢) « في رواية » من ا و ب و حـ .

(٣) فى ا : « أو » .

(٤) « به » ليست فى ب .

(٥) في ا و حـ :« وكذلك الكتابة بالذهب » .

(٦) « الثياب فعلى » ليست فى ا و حـ .

(٧) جدع أنفه قطعه (المصباح) . وفي ب :« جذع » .

(٨) في ا و حـ :« فاتخذ » .

(٩) « لأن الأنف ينتن بالفضة » الكاسانى ، ٥ : ١٣٢ : ١١ من أسفل .و« الشين ... ينتن » ليست فى ا و حـ .

(١٠) كذا في ب . وفي الأصل و ا و حـ كذا:«غير» ـ ولعل الصواب:« عين »،وقد =

ولو تحرك سنه[١] فشدها[٢] بذهب أو فضة: <ف> لا بأس به، عند أبي حنيفة. وفي الجامع الصغير: لا يشدها بالذهب. وعند محمد: لا بأس به[٣]. وكان أبو حنيفة لا يرى بأسا بشدها بالفضة، لأنه لا حاجة إلى الذهب[٤].

ولو خيف سقوط الفص من خاتم الفضة[٥] فشد[٦] بمسمار من[٧] ذهب: <ف> لا بأس به، بالاتفاق، لأجل الضرورة.

ولو سقطت سن[٨] إنسان[٩]، وأراد[١٠] أن يعيدها ويشدها بالذهب و[١١] الفضة، يكره، عند أبي حنيفة، كما[١٢] لو وضع سن ميت آخر: يكره. وقال أبو يوسف: لا بأس بإعادة سنه مكانها، ولا يشبه سنه سن

=ورد في الكاساني (٥: ١٣٢: ١٠ من أسفل): «وقد روى أن عرفجة أصيب أنفه يوم الكلاب فاتخذ أنفا من ورق فأنتن فأمره سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يتخذ أنفا من ذهب».

(١) في حـ كذا: «منه».

(٢) في ا و حـ: «فشددها».

(٣) قال في الجامع الصغير (ص ١١١): «ولا تشد الأسنان بالذهب وتشد بالفضة. وقال محمد رحمه الله: لا بأس بالذهب أيضا».

(٤) في ا و حـ: «الفضة».

(٥) «الفضة» من ا و ب و حـ.

(٦) في ا و حـ: «فشدوها».

(٧) «من» من ا و حـ - وفيهما: «من الذهب».

(٨) في ا و ب و حـ: «ثنية».

(٩) «إنسان» ليست في ب.

(١٠) في ا و ب و حـ: «فأراد».

(١١) في حـ و ا: «أو».

(١٢) «كما» ليست في ا.

ميت آخر، و(١) بينهما فصل عندي، وإن لم يحضرني ذلك(٢).

. . .

ثم ذكر في الكتاب(٣) مسائل: ذكرها متفرقة في الكتب(٤)، وقد جمعها ههنا. وقد ذكرناها في مواضعها(٥)، فلا(٦) نعيدها — ونذكر بعض(٧) ما لم نذكره(٨).

منها — أنه يكره شرب لبن الأتان(٩) للتداوي، بالاتفاق: أما(١٠) عند أبي حنيفة <ف> لا يشكل، كما في بول ما(١١) يؤكل لحمه(١٢). وأبو يوسف فرق وقال: الأصل(١٣) هو الكراهة(١٤) لقوله عليه

---

(١) «و» ليست في ا و حـ.

(٢) في ب و حـ: «وإن لم يحضر في ذلك». وفي ا «وإن لم يحضون ذلك». وفي الكاساني (٥: ١٣٢: س ٢ من أسفل - ١٣٣): «وبينهما عندي فصل ولكن لم يحضرني - ووجه الفصل له من وجهين: أحدهما - أن سن نفسه جزء منفصل للحال عنه لكنه يحتمل أن يصير متصلا في الثاني بأن يلتئم فيشتد بنفسه فيعود إلى حالته الأولى وإعادة جزء منفصل إلى مكانه ليلتئم جائز كما إذا قطع شيء من عضوه فأعاده إلى مكانه، فأما سن غيره فلا يحتمل ذلك. والثاني - أن استعمال جزء منفصل عن غيره من بني آدم إهانة بذلك الغير والآدمي بجميع أجزائه مكرم، ولا إهانة في استعمال جزء نفسه في الإعادة إلى مكانه».

(٣) في ا و ب و حـ: «في الباب». راجع فيما تقدم ص ٥٦٧.

(٤) في ب: «في الكتاب». راجع فيما تقدم ص ٥٦٧.

(٥) في ا و حـ: «في موضعها».

(٦) في حـ: «ولا».

(٧) «بعض» ليست في ا و حـ.

(٨) في ا و حـ: «ما لم يذكره».

(٩) الأتان الأنثى من الحمير.

(١٠) «أما» ليست في ا و حـ.

(١١) في ا و حـ: «مالا».

(١٢) راجع ص ١٢٤ - ١٢٥ من الجزء الأول.

(١٣) في حـ: «هو الأصل». (١٤) في حـ: «الكراهية».

السلام [١] : « إن الله تعالى لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم » ، ولكن في البول ورد حديث خاص [٢] ، فبقى الباقى على الأصل .

. . .

وقال : لا [٣] بأس بعيادة اليهودى والنصرانى [٤] ، للحديث الوارد فيه ، ولأجل إلف [٥] أهل الذمة ، خصوصا في حال المرض [٦] ، مما يدعوهم إلى الدين الحق .

أما السلام <ف> قالوا : يكره [٧] لما فيه من التعظيم ، وتعظيمهم مكروه .

وأما رد السلام :<ف> لا بأس به [٨] ، لأن الامتناع من [٩] ذلك يؤذيهم ، والإحسان في حقهم مندوب ، لكن ينبغى أن لا يزيد على قوله : « وعليكم » ، لأنه [١٠] قيل إنهم [١١] يقولون : « السام [١٢] عليكم » فيجابون بقوله « وعليكم » بطريق المجازاة [١٣] .

---

(١) « السلام » من ا و ب و ﺣ .
(٢) راجع فى الجزء الأول ص ١٢٤ – ١٢٥ والهامش ١١ ص ١٢٤ وقد أوردنا فيه ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر قوماً من عرينة بأن يخرجوا إلى إبل الصدقة ويشربوا من أبوالها وألبانها .
(٣) فى ا و ب و ﺣ : « قال : ولا بأس » .
(٤) كذا في ا و ب و ﺣ . وفى الأصل : « والنصارى » .
(٥) فى ا و ب و ﺣ : « ولأن فيه تآلف » .
(٦) زاد هنا فى ﺣ : «من مباشرة سبب الموت لأنه» . وفي ا : «المرض لأنه مما . .» .
(٧) « يكره » ليست فى ا و ﺣ .
(٨) « به » ليست فى ﺣ .
(٩) في ﺣ و ا : « عن » .
(١٠) في ا و ﺣ : « لأنهم » .
(١١) « إنهم » ليست فى ﺣ .
(١٢) السام هو الموت (المغرب) .
(١٣) فى ﺣ كذا : « المجازات » .

وهل يكره منع هؤلاء من[1] الدخول فى المساجد - قال مالك : يمنعون عن دخول المسجد الحرام . وعن كل مسجد .

وقال الشافعى : يمنعون عن دخول المسجد الحرام لا غير[2] .

وعندنا : لا يمنعون عن دخول شيء من المساجد ، وذلك[3] لأن المشركين كانوا[4] يدخلون المسجد الحرام عند رسول الله صلى الله عليه، لعرض[5] الإسلام عليهم ، ونحو ذلك .

. . .

ويكره للمرأة أن تصل شعرها المقطوع بشعرها ، وكذا[6] بشعر غيرها ، لقوله عليه السلام : « لعن الله[7] الواصلة والمستوصلة » .

ولا بأس بأن تصل شعرها بشعر البهيمة[8] ، لأن ذلك من باب الزينة ، وهى غير[9] ممنوعة عنها للزوج .

. . .

---

(١) في ب : « عن » .
(٢) فى ا و ب و ح : « الحرام دون غيره من المساجد » .
(٣) في ا و ب و ح : « المساجد ولا بأس بذلك » .
(٤) « كانوا » من ا و ب و ح .
(٥) « عند رسول الله ... لعرض » ليست في ح ،وموضعها بياض . وفى ب : « فيعرض » .
(٦) « بشعرها وكذا » ليست فى ب . وفي ح : « بشعرها بشعر وكذا » .
(٧) « الله » ليست فى ا و ب و ح .
(٨) فى ح كذا : « ولا بأس بشعر البهيمة ولا بأس بأن تصل بشعر البهيمة » . وفي ا : «ولا بأس بأن تصل شعر البهيمة » .
(٩) « غير » ساقطة في ا .

ويكره اللعب بالنرد ، والشطرنج[١] . والأربعة عشر[٢] ، وكل لهو ـ لقوله عليه السلام: « ما أنا من دَدٍ[٣] ولا الدَّدُ منى ». وبعض أصحاب الحديث أباحوا[٤] اللعب بالشطرنج ، لما فيه من تشحيذ[٥] الخاطر . ولكن الصحيح هو الكراهة ، على ما روينا : « كل لعب حرام إلا ثلاثة »[٦] .

وهذا إذا لم يكن فيه قمار[٧]. فأما إذا كان فيه قمار ، فهو حرام محض لثبوت حرمته بنص الكتاب ، وهو قوله تعالى : « إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه »[٨] .

. . .

ولو أن[٩] حاملا ماتت وفى بطنها ولد يضطرب : فإن كان غالب

---

(١) في ب : « باللعب بالشطرنج » وليس فيها : « بالنرد » .

(٢) في ب : « والأربعة عشرة » .

(٣) الدد : اللهو واللعب (المختار) .

(٤) في ا و حـ : « رخص » .

(٥) في ا و حـ : « تمجيد » .

(٦) في ا و حـ كذا : « إلا ثلث » . سيأتى فى أول كتاب السبق (ص ٥٩٤) أنه روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « كل لعب حرام إلا ثلاثة : ملاعبة الرجل أهله ، ورميه عن قوسه ، وتأديبه فرسه » .

(٧) في ا و حـ : « إذا لم يكن قمارا » . وانظر فيما بعد « كتاب السبق » .

(٨) وردت الآية هكذا في ب . وفي ا و حـ : حتى « الشيطان » . وفي الأصل حتى : « والميسر » . والآية هى رقم ٩٠ من سورة المائدة وهى وما بعدها : « يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون . إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون » . وقد قال الله تعالى أيضاً في سورة البقرة في الآية ٢١٩ : « يسألونك عن الخمر والميسر : قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس ، وإثمهما أكبر من نفعهما ... » .

(٩) « أن » ليست في حـ .

الظن أنه ولد حى ، وهو [١] فى مدة يعيش [٢] غالباً ، فإنه يشق بطنها ، لأن فيه إحياء الآدمى ، بترك تعظيم الآدمى [٣] ، وترك التعظيم [٤] أهون من مباشرة سبب الموت [٥] .

ولو ابتلع إنسان [٦] درة رجل ، فمات ـ لم يشق بطنه لإخراج الدرة ، لأن حرمة النفس فوق حرمة المال . وإن [٧] كان الذى ابتلع غنياً ، يضمن قيمة [٨] الدرة [٩] لصاحبها . وإن كان فقيراً ، فيكون [١٠] له ثواب التصدق بها ـ والله تعالى أعلم .

---

(١) « وهو » ليست في ا و حـ .

(٢) في ب : « العيش » .

(٣) في ب : « التعظيم آدمى » . وانظر الهامش بعد التالي

(٤) في حـ : « تعظيم » وانظر الهامش التالي

(٥) « من مباشرة سبب الموت » ليست في حـ وموضعها فيها بياض و « تعظيم الآدمى ... موت » ليست في ا .

(٦) « إنسان » ليست في ا و حـ .

(٧) في ا و ب و حـ : « فإن » .

(٨) « قيمة » ليست في ا و حـ .

(٩) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « الدر » .

(١٠) « فيكون » ليست في حـ و ا .

كتاب

السَّبَق[1]

قال[2] :

لا بأس بالمسابقة فى أربعة أشياء[3] : فى النصل ، والحافر ، والخف ، والقدم ـ لما روى عن النبي عليه السلام أنه قال : « كل لعب حرام إلا ثلاثة[4] : ملاعبة الرجل أهله ، ورميه عن قوسه ، وتأديبه[5] فرسه » .

وتفسير المسابقة فى النصل[6] ـ هو الرمى بالسهام ، والرماح ، وكل سلاح يمكن أَن يرمى به . فكانت[7] المسابقة بذلك[8] من باب تعلم[9] أسباب الجهاد ، فكان مرخصا ، وإن كان فى الأصل من اللعب .

وتفسير المسابقة بالحافر ـ هو عدو[10] الفرس والحمار والبغل .

---

(١) فى ا : « كتاب المسابقة » . وفي القاموس : « والسَّبَق محركة والسُّبْقَةُ بالضم الخطر يوضع بين أهل السباق » . وانظر فيما بعد الهامش ١ ص ٥٩٦ .

(٢) « قال » ليست فى ب . وفى ا و ح : « قال رحمه الله » .

(٣) « أشياء » ليست فى ح .

(٤) فى ا و ح : « ثلاث » .

(٥) كذا فى ب . وفى الأصل و ا و ح : « وتأديب » .

(٦) فى ا و ح : « بالنصل » .

(٧) « التاء » من ا و ح . وفى ب : « مكان » .

(٨) في ب : « بذلك لأنها من » .

(٩) في ب و ح : « تعليم » .

(١٠) في ح : « إعدا » . وفي ا كذا : « وهو إغراء » .

والمراد بالخف[١] — هو الإبل والبقر، لأنه قد يركب عليها، في باب الجهاد، بعض الناس.

والمراد بالمسابقة بالقدم — هو المشي بالقدم، وهذا مما يحتاج إليه للكر[٢] والفر في[٣] الجهاد. فكان من[٤] رياضة النفس. وأصله ما روى عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «سابقت النبي عليه السلام فسبقته، فلما حملت اللحم سابقته[٥]، فسبقني، فقلت[٦]: هذه بتلك».

. . .

ثم المسابقة على أربعة أوجه: فثلاثة أوجه[٧] منها حلال، والرابع حرام.

أما أحد الأوجه الحلال — بأن كان السلطان أو أحد من الرؤساء إذا قال[٨] لجماعة من الفرسان أو لاثنين[٩]: «من سبق[١٠] منكم، فله كذا» أو[١١]: «إن سبق فلا شيء عليه[١٢]» — فمن سبق جعل له

---

(١) في ب: «من الخف».
(٢) في ب: «في الكر».
(٣) في ب: «في باب».
(٤) في ا و حـ: «فكان هو». وفي ب: «فكان من باب».
(٥) كذا في ا و حـ. وفي الأصل و ب: «فسابقته». وفي الكاساني (٦: ٢٠٦: ١٤) مثل ما في المتن.
(٦) في ا و حـ: «قلت».
(٧) «أوجه» من ا و ب و حـ.
(٨) في ا و حـ: «أو أحد من السلطان قال».
(٩) كذا في ب. وفي حـ: «اثنين». وفي الأصل و ا: «الاثنين».
(١٠) «من سبق» ليست في حـ.
(١١) في ا و ب و حـ: «و».
(١٢) «عليه» ليست في حـ.

خطر[١].

وكذا إذا قال لجماعة من الرماة إلى الهدف[٢]: «من أصاب منكم الهدف[٣]، فله كذا» لأن هذا تحريض[٤] لهم[٥] على فعل هو سبب الجهاد في الجملة[٦].

والترجيح[٧] من الإمام في الغنيمة[٨] لبعض الغزاة، تحريضا لهم على الجهاد، جائز، بأن قال: «من قتل قتيلا فله سلبه»، و«من دخل الحصن أولا فله من النفل كذا» مع أن الغنيمة حق الغزاة في الجملة - فهذا[٩] يعطى من ماله، فأحق[١٠] بالجواز.

والثاني - أن يسابق[١١] رجلان أو يسابق[١٢] جماعة، في السهام أو في[١٣] الفرس أو[١٤] المشي بالقدم، وقال لصاحبه: «إن سبقتني فلك

---

(١) في ا و حـ: «فمن سبق فله خطره». وفي ب: «فمن سبق حل له خطره». والخطر السَّبَق يتراهن عليه (القاموس المحيط). راجع الهامش ا ص ٥٩٤.

(٢) «إلى الهدف» من ا و ب و حـ.

(٣) كذا في ا و ب و حـ. وفي الأصل: «إلى الهدف».

(٤) في حـ كذا: «الحريص».

(٥) «لهم» من ا و حـ.

(٦) انظر الهامش التالي.

(٧) في ب كذا: «والترجيع». وفي حـ و ا: «وفي الجملة تحريض». وسيأتي في السطرين الأخيرين من الصفحة المقبلة: «... لأنه تحريض على مباشرة سبب الجهاد في الجملة». وكذا في الكاساني (٦: ٢٠٦: ١٦).

(٨) كذا في ا و ب و حـ. وفي الأصل: «في القسمة».

(٩) في ا: «فهو». (١٠) في ا و حـ: «فالحق».

(١١) كذا في ب و ا. وفي الأصل و حـ: «سابق».

(١٢) كذا في ب. و «أو يسابق» ليست في حـ و ا. وفي الأصل: «أو سابق».

(١٣) «في» ليست في ا و ب و حـ. (١٤) في ا و حـ: «أو في».

كذا وإن سبقتك[1] فلا شيء عليك » - فهذا مباح ، لأن الخطر فيه من أحد الجانبين .

والثالث - إن كان الخطر من الاثنين[2] أو من الجماعة[3] ، ومعهم محلل[4] يأخذ خطرهم إن سبق ، ولا يغرم إن سبق - فهذا جائز .

والرابع - أن يكون الخطر من كل واحد : على أنه إن سبق فله الخطر ، وإن سُبق فيغرم لصاحبه مثله - فهذا لا يجوز ، لأن هذا[5] من باب القمار ، وإنه حرام .

. . .

ثم إنما يجوز الرهان والمسابقة فيما يجوز أن يسبق[6] أحدهما ، ويُسبق الآخر . فأما إذا كان في موضع يعلم من حيث الغالب أنه يسبق أحدهما ، فإن ذلك[7] لا يجوز ، لأن هذا إيجاب المال للغير على نفسه ، بشرط لا[8] منفعة له فيه ، وإنما جوزنا ذلك في الفصل الأول لأنه تحريض على مباشرة سبب[9] الجهاد في الجملة[10] .

---

(١) الكاف من ا و حـ .

(٢) في ا و ب و حـ : « اثنين » .

(٣) في ا و حـ : « جماعة » .

(٤) كذا أيضاً في الكاساني (٦ : ٢٠٦ : ٢٠ وما بعده) .

(٥) في ب : « لأنه من » .

(٦) في ا و حـ : « سبق » .

(٧) في ا و ب و حـ : « فإنه » .

(٨) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « بشرط أن لا » .

(٩) في ب : « بسبب » . راجع الكاساني ، ٦ : ٢٠٦ : ٢٠ وما بعده .

(١٠) زاد في ب : « والله تعالى أعلم بالصواب » .

كتاب

المفقـــود

قال[١] :

يحتاج إلى :

تفسير المفقود ،

وإلى[٢] بيان أحكامه على الخصوص[٣] .

أما الأول

فالمفقود هو الذى غاب عن بلده ،بحيث لا يعرف أثره[٤] ،ومضى على ذلك زمان ، ولم يظهر أثره[٥] .

وأما حكمه

فنوعان : أحدهما فى الحال ، والثانى فى المآل .

أما حكم المآل :

إذا[٦] تطاول الزمان بعدما فقد من وقت ولادته بحيث لا يعيش

---

(١) « قال » ليست فى ب . وفى ا و ح : « قال رحمه الله » .

(٢) فى ا : « وعلى » . وفى ح : « على » .

(٣) فى ح و ا : « أحكامه الخصوص » .

(٤) فى ا و ح : « لا يعرف له أثر » .

(٥) فى ب : « أمره » . وفى الكاسانى (٦ : ١٩٦ : ٣) : « فالمفقود اسم لشخص غاب عن بلده ولا يعرف خبره أنه حى أم ميت » .

(٦) فى ح : « إذ » .

مثله إلى ذلك الزمان[١] بيقين ، أو من[٢] حيث الغالب ـ يحكم بموته[٣] .
وتقع الفرقة بينه وبين نسائه . ويعتق أمهات أولاده ومدبروه[٤] .
ويقسم ماله[٥] بين ورثته . ولا يرث هو من أحد[٦] .

ولم يقدر فى ظاهر الرواية تقديراً فى ذلك .

وروى ابن زياد عن أبى حنيفة[٧] أنه قدر ذلك[٨] بمائة وعشرين سنة من وقت الولادة[٩] .

وأما حكم الحال :

فهو أن القاضى هو الحافظ لماله ، والمتصرف فيه فيما[١٠] يرجع إلى الحفظ. فإن كان شيئاً مما[١١] يتسارع إليه الفساد ، فإنه يبيعه ويحفظ ثمنه . وكذا إذا كان عروضاً ، وحفظ الثمن[١٢] أيسر ـ فلا بأس

---

(١) « الزمان » من ا و حـ .

(٢) « من » ليست في حـ .

(٣) فى ب كذا : « بحكم موته » .

(٤) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « ومدبريه » .

(٥) « ماله » ليست في ا و حـ .

(٦) كذا في ا و ب و حـ . وفى الأصل : « واحد » .

(٧) فى ا و حـ : « وروى الحسن عن أبى حنيفة » . وفى ب : « وروى عن الحسن عن أبى حنيفة » . والحسن بن زياد اللؤلؤى (نسبة إلى بيع اللؤلؤ) من أصحاب أبى حنيفة. كان حافظا للروايات عن أبى حنيفة . وولى القضاء ثم استعفى . وأخذ عنه محمد بن سماعة ومحمد بن شجاع الثلجى. وله كتاب « المجرد » و « الأمالى » .قيل : توفي سنة ٢٠٤ هـ . (اللكنوى ، الفوائد).

(٨) « ذلك » ليست في ا و حـ .

(٩) فى ا و ب و حـ : « ولادته » .

(١٠) كذا يبدو فى الأصل و ب . وفى ا و حـ : « فما » .

(١١) « مما » من ا و حـ . وفى ب كذا : « فإن كان شايما يتسارع » .

(١٢) « الثمن » ليست في حـ و ا . وفى ا : « وحفظه أيسر » .

ببيعه[١] . ولا يبيع العقار أصلا[٢] .

وإن كان له ودائع يترك فى أيديهم ، لكونهم أمناء[٣] ، ما دام المفقود فى حكم الأحياء .

ثم إن[٤] له أن ينفق من ماله على نسائه إن كان[٥] يعلم ببقاء النكاح بينهما . وكذا على أولاده الصغار ، والذكور[٦] الكبار الزمنى[٧] ، والإناث[٨] .

وإن لم يكن له مال ، وله ودائع[٩] : فإنه ينفق من ذلك إذا كان من جنس الطعام ، والثياب ، والدراهم ، والدنانير .

ولا يبيع العروض للنفقة[١٠] على هؤلاء ، ولكن للأب[١١] أن يبيع العروض فى نفقته ، لأن للأب[١٢] ولاية التصرف فى مال الابن في الجملة ، وإن لم يكن من باب الحفظ ، بخلاف القاضى .

وهذا إذا كان المودع مقرا بالوديعة وبالنكاح وبالنسب[١٣] . فأما

---

(١) فى حـ : « فلا يبيعه » .

(٢) « ولا يبيع العقار أصلا » ليست فى حـ وموضعها بياض فيها .

(٣) فى ا و ب و حـ كذا : « أمناؤه » .

(٤) « إن » من ا و ب و حـ .

(٥) « كان » ليست في ا و حـ .

(٦) « الذكور » من ب .

(٧) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « والزمنى » . والزمن هو الذى طال مرضه زمانا (المغرب) .

(٨) فى حـ كذا : « فى الآثار » . وفى ا : « والآثار » .

(٩) فى ا : « وإن لم يكن مال وودائع » .

(١٠) في حـ : « لنفقة » .

(١١) و (١٢) فى حـ : « الأب » .

(١٣) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « والنسب » .

إذا كان منكراً، فإنه [١] لايسمع عليه الخصومة في إثبات المال، ولا فى إثبات النكاح والنسب، لأن هذا قضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر، وإنه غير جائز [٢] عندنا.

ولو مات واحد من أقربائه، فإنه لا يرث، حتى لا يأخذ القاضى حصته من تركة الميت فيحفظ على المفقود، ولكن يوقف حتى يظهر [٣] أمره، لأنه حى من حيث الظاهر، والظاهر لا يصلح حجة لاستحقاق أمر لم يكن، ولكن لما كانت [٤] الحياة ثابتة ظاهرا، اعتبر فى حق التوقف. [٥]

---

(١) في ا و حـ: «به».
(٢) كذا في ا وب و حـ. وفي الأصل: «جائزة».
(٣) في ا وب و حـ: «إلى أن يظهر».
(٤) كذا فى ا وب و حـ. وفى الأصل: «كان».
(٥) زاد في ب: «والله تعالى أعلم بالصواب».

كتاب

اللقيط واللقطة وجعل الآبق [1]

قال [2] :

يحتاج إلى :

تفسير اللقيط ، واللقطة ، والآبق [3] ، والضالة ،

وإلى بيان أحكامها على الخصوص .

< أما الأول - فنقول : >

أما اللقيط - فما يلتقط ويؤخذ مما طرح على الأرض [4] من صغار بنى آدم .

واللقطة - ما يلتقط مما يوجد [5] مطروحا على الأرض [6] من الأموال من [7] غير الحيوان .

---

(١) فى ا : « كتاب اللقيط واللقطة والإباق والضالة » .

(٢) « قال » ليست في ب . وفي ا و حـ : « قال رحمه الله » .

(٣) في ا و حـ : « وجعل الآبق » .

(٤) في ب : « فما يلتقط ويوجد مطروحا على وجه الأرض » . وفى ا و حـ : « فما يلتقط مما يوجد مطروحا على الأرض » .

(٥) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « مما يؤخذ » .

(٦) فى ب : « على وجه الأرض » .

(٧) « من » ليست فى حـ .

والآبق - هو المملوك الذى فر من صاحبه[١] قصدا .

والضالة - هى الدابة التى ندت[٢] وضلت[٣] الطريق[٤] إلى مربطها.

< وأما الثاني - فنقول : >

أما حكم[٥] اللقيط - فنقول :

إن اللقيط يساوى[٦] الصبي ، الذى ليس بلقيط ، فى عامة الأحكام. وله أحكام على الخصوص :

منها - أن التقاطه واجب على كل من[٧] وجده ، لأن فى تركه ضياعه ، فيجب عليه[٨] صيانته .

ومنها - أنه إذا التقطه[٩] فإن شاء تبرع بتربيته والإنفاق عليه ، وإن شاء رفع الأمر إلى السلطان ، ليأمر بتربيته ، أحدا ، من مال[١٠] بيت المال، والإنفاق عليه[١١] ، لأن[١٢] بيت المال معد[١٣] لحوائج جميع المسلمين .

---

(١) فى ب : « مولاه » . وانظر فيما بعد ص ٦١٣ وما بعدها .

(٢) نَدَّ البعير نفر وذهب على وجهه شاردا (المصباح) .

(٣) فى ا و ب : « فضلت » . وفى حـ كذا : « فظلت » .

(٤) « الطريق » ليست فى ا و حـ . وانظر فيما بعد ص ٦١٣ .

(٥) « حكم » ليست في ا و حـ .

(٦) فى ا و حـ كذا : « يسا » .

(٧) « من » ليست فى حـ .

(٨) « عليه » ليست في ا و حـ .

(٩) الهاء من ا و ب و حـ .

(١٠) فى ب : « بمال » . وفى ا : « بمال من » .

(١١) « وإن شاء ... والإنفاق عليه » ساقطة فى حـ .

(١٢) فى ب : « لأن مال » .

(١٣) فى حـ كذا : « لان ثبت لمعد » .

وهذا إذا لم يكن له مال . فإن كان[١] له مال ، بأن وجد الملتقط معه مالا ، فيكون[٢] مال اللقيط -فنفقته من ذلك المال،لأنه غير محتاج[٣] ، فلا يثبت حقه فى بيت المال .

ولو[٤] أنفق عليه[٥] الملتقط ، ليرجع عليه بعد بلوغه : فإن[٦] كان بإذن القاضى ، له أن يرجع ، وإلا فيكون متبرعاً .

ومنها - أن الولاية عليه للسلطان فى[٧] حق الحفظ ، و[٨] فى حق التزويج ، لقوله عليه السلام: « السلطان ولى من لا ولى له »،وليس للملتقط ولاية التزويج .

وإذا زوجه السلطان،فالمهر[٩]فى بيت المال ، إلا إذا كان للقيط[١٠] مال ، فيكون فى ماله .

ومنها - الولاء : فيكون ولاؤه لبيت المال ، حتى إنه[١١] إذا جنى على

---

(١) فى ا : « فأما إذا لم يكن » .
(٢) فى حـ : « ويكون » .
(٣) « فنفقته ... غير محتاج » ليست فى حـ وموضعها بياض.
(٤) فى ا و حـ : « فإن » .
(٥) فى ب : « عليها » .
(٦) الفاء من ا و حـ .
(٧) فى ا : « من » . وفى حـ : « السلطان من » .
(٨) « و » ليست فى ا و حـ .
(٩) فى حـ : « فى المهر » .
(١٠) فى ا و حـ كذا : « اللقيط » .
(١١) « إنه » ليست فى حـ و ا .

إنسان ، خطأ ، فإن ذلك يكون[١] فى بيت المال ، لأن عاقلته[٢] جميع المسلمين[٣] ، فيكون[٤] عقله من[٥] مالهم ، وهو مال بيت المال .
وكذلك ميراثه : لبيت المال[٦] إذا لم يظهر[٧] له وارث .

ومنها — **حكم الحرية** : فهو حر[٨] من حيث الظاهر ، لأن دار الإسلام دار حرية فيبنى[٩] على الظاهر .

ولو ادعى الملتقط أنه عبده[١٠] : <ف> إن لم يقر بأنه لقيط ، فالقول قوله ، لأن الصغير لا يد له ، فهو و[١١] سائر الأموال سواء ، فإذا[١٢] كان في يده فهو ملكه[١٣] ظاهرا ، فيكون القول قوله .

فأما إذا أقر أنه لقيط ، <ف> لا يصح دعواه ، لأنه ثبتت حريته[١٤]

---

(١) « يكون » ليست فى ا و ب و حـ .
(٢) في حـ : « عاقلة » .
(٣) فى ا و حـ : « المسلمون » بدلا من : « جميع المسلمين » .
(٤) فى ب : « ليكون » .
(٥) فى ا و ب و حـ : « فى » .
(٦) « وكذلك ... المال » ليست فى ا و حـ .
(٧) في ا و ب و حـ : « إذا لم يكن » .
(٨) « حر » ليست فى ب .
(٩) فى ب كذا : « سنى » .
(١٠) في ب : « عبد » .
(١١) « و » ليست في حـ .
(١٢) الفاء من ا و ب و حـ .
(١٣) فى ا و حـ : « مالكه » .
(١٤) فى ب كذا : « لا تثبت حرمته » .

ظاهرا[1] .

ولو بلغ اللقيط وأقر أنه عبد فلان : إن[2] لم يجز عليه[3] حكم الأحرار، من قبول شهادته وضرب قاذفه ونحو ذلك ، يصح[4] إقراره . وإن أَجرى[5] عليه من أحكام الحرية شيء ، لا يصح .

ومنها ـ حكم[6] **النسب** : إذا ادعى الملتقط ، أو غيره ، أنه ابنه ، والمدعى[7] مسلم أو ذمى ، فالقياس[8] أن لا يصح دعواه[9] ، إلا بالبينة[10] . وفي الاستحسان : يصح ، لأن في[11] هذا نفع للصغير[12].

ولو ادعاه رجلان : أحدهما مسلم ، والآخر ذمى ـ فإنه يثبت نسبه من المسلم .

ولو ادعى المسلم أنه عبده، والذمى أنه ابنه ـ فإنه يثبت[13] نسبه[14]

(1) زاد في ا و حـ : « فيكون القول قوله » ـ ولعله أن يكون خطأ من الناسخ إذ كرر هذه العبارة وقد وردت فيما سلف (في السطر قبل السابق) .

(2) « إن » ليست في ا و حـ .

(3) « عليه » من ا و ب و حـ .

(4) في ا و حـ : « ويصح » .

(5) في ا و ب و حـ : « جرى » .

(6) « حكم » ليست في ا و حـ .

(7) « والمدعى » ليست في ا و ب و حـ .

(8) في ا و حـ : « والقياس » . وفي ب : « القياس » .

(9) في ب : « دعوته » .

(10) في ا و حـ : « ببينة » .

(11) « في » من ب .

(12) في حـ كذا : « لأن هذا يقع للصغير » .

(13) كذا في ا و ب . وفي الأصل : « ثبت » .

(14) « من المسلم واو ادعى المسلم ... نسبه » ليست في حـ .

من الذمى ، حتى يثبت له[١] الحرية ، ويكون مسلما ، لأن حكمه حكم[٢] دار الإسلام .

ولو كانا مسلمين و[٣]أحدهما عبد مأذون أو مكاتب[٤] : فالنسب[٥] يثبت من الحر .

ولو كانا حرين مسلمين : <ف> إن لم يكن لهما بينة ولم يذكر أحدهما علامة ، أو[٦] ذكرا جميعا العلامة[٧] ، أو[٨] أقاما جميعا البينة[٩] ـ فهو بينهما .

وإن كان لأحدهما بينة ، أو ذكر[١٠] العلامة ، و[١١]لم يكن للآخر ذلك[١٢] ـ فالأول أولى ، لأنه ترجح[١٣] جانبه بمرجح .

وإن ادعت امرأة اللقيط أنه ابنها : <ف> إن لم يكن لها زوج :

---

(١) « له » ليست فى ا و حـ .

(٢) « حكم » ليست في ا و حـ .

(٣) « و » ليست فى ا و حـ .

(٤) في ا كذا : « ... مسلمين أحدهما مكاتب أحدهما حر والآخر مكاتب » . وراجع باب الكتابة ص ١٦٤ وما بعدها من الجزء الثانى .

(٥) في حـ : « والنسب » .

(٦) « ولو كانا حرين ... علامة أو » ليست فى ا و حـ . وفيهما مكانها : « فإن » .

(٧) فى ا و حـ : « علامة » .

(٨) فى ا و ب و حـ : « و » .

(٩) في ا و حـ : « وأقاما بينة » .

(١٠) في ا و حـ : « وذكر » .

(١١) « و » ليست في ا و حـ .

(١٢) فى ب : « ولم يذكر الآخر ذلك » .

(١٣) في ا و حـ : « يترجح » .

لا يصح، لأن في ذلك حمل النسب على الغير[١]. وإن كان لها زوج، فصدقها، أو شهدت لها القابلة، أو شاهدان: يثبت النسب بينهما[٢].

ولو ادعت امرأتان: < ف > إن لم يكن لهما[٣] بينة: لا تقبل[٤]. وإن أقاما[٥] البينة على أنه ابنها[٦] من فلان: < ف > عن[٧] أبي حنيفة أنه[٨] يقبل[٩] منهما، و[١٠] من الرجل[١١]. وعن[١٢] محمد روايتان: في رواية[١٣] أبي حفص: يجعل ابنهما[١٤]، وفي رواية أبي سليمان: لا يجعل ابنهما[١٥].

وأما حكم الإسلام - < فقد > اختلفت الرواية عن أصحابنا: < ف > في

---

(١) الموجود في البحر (٥ : ١٥٧) وفي الزيلعي (٣ : ٢٩٩) وفي ابن عابدين (٣ : ٣٤٦ طبعة الحلبي) وفي الفتاوى الخانية (حـ ٣ : ٣٩٨) أنه إذا ادعته امرأة لا زوج لها، فقالت: «هو ابني»، وجب لذلك شهادة رجلين - ومعنى هذا أن دعواها مقبولة، وأنها تتوقف على إقامة بينة تامة. ولا تقبل شهادة القابلة لعدم قيام زوجية حينئذ. كما يلاحظ أن تعليل عدم الصحة بأن في الدعوى حمل النسب على الغير غير واضح إذ الفرض أن لا زوج للمدعية وأنها إنما تدعى الولادة فقط.

(٢) في ب: «منها».

(٣) في حـ: «لها». وفي ا: «لم تكن لهما»

(٤) في ا و ب و حـ: «لا يقبل».

(٥) في حـ و ب: «أقامتا». وفي ا: «أقامت».

(٦) في ا: «على أنها ابنها».

(٧) في ب: «عند».

(٨) «أنه» ليست في ب.

(٩) «يقبل» من ا و ب و حـ.

(١٠) «و» ليست في حـ. وانظر الهامش التالي.

(١١) «ومن الرجل» ليست في ا. وراجع الهامش السابق.

(١٢) في ب: «وعند».

(١٣) «روايتان: في رواية» ليست في حـ وموضعها فيها بياض.

(١٤) في ا و حـ: «بينهما». وانظر الهامش التالي.

(١٥) في حـ: «بينهما». وفي ا: «يجعل ابنهما». راجع الهامش السابق.

ظاهر الروايات[١] : اعتبر المكان دون الواجد ـ فإن وجد في دار الإسلام[٢] : يكون مسلما. وإن[٣] وجد فى كنيسة اليهود، أو في بيعة[٤] النصارى، أو فى[٥] قرية كلهم أهل الذمة : فهو تبع لهم.

وفى رواية : اعتبر الواجد، كيفما كان، دون المكان.

وفى رواية : اعتبر جانب الإسلام : إما الواجد، أ[٦] المكان .

وأما حكم اللقطة على الخصوص :

فمنها ـ أن من ظفر على لقطة[٧] ، فالأخذ أولى. أما الترك :< ف> قالوا : إن كان يأمن على نفسه أنه يُعرّفها ويردها على صاحبها، ولا محالة أو غالباً، فالأخذ أولى[٨] ، لأنه ربما يأخذه[٩] فاسق لو تركه. وأما[١٠] إذا كان لا يأمن على نفسه[١١] فالترك أَولى ، لأن صيانة نفسه عن

---

(١) في ا و حـ : « الرواية » .

(٢) في حـ : « في دار الإسلام والواجد » . وفي ا : « فى دار الاسلام الواجد » .

(٣) في حـ و ا : « فإن » .

(٤) كذا فى ا . وفى حـ : « أو بيعة » . وفى الأصل و ب : « وبيعة » .

(٥) « فى » ليست فى ب .

(٦) فى ا و حـ : « و » .

(٧) فى ب : « بلقطة » . وفى التهذيب : « ظفر به أو عليه » .

(٨) « أما الترك .... فالأخذ أولى » من ا و ب و حـ على خلاف بين هذه النسخ ففى ا سقطت كلمة « أولى » . وفى ب : « ... أنه يعترف وترد إلى صاحبها » . وفى حـ : « أنه يعرف ويرد على صاحبها » .

(٩) الهاء من ا و ب و حـ .

(١٠) الواو من حـ .

(١١) « على نفسه » من ا و حـ .

الوقوع فى الفساد أولى[١] ، مع احتمال أن يأخذه مصلح ، فيصل[٢] إلى صاحبه أيضا .

• • •

وإذا أخذ وأراد[٣] أن يضعها مكانها[٤] ، وندم على الأخذ ، فوضعها - هل يضمن ؟ فى ظاهر الرواية : لا يضمن[٥] ، وفى بعض الروايات : يضمن - وهو قول الشافعى .

ولو دفعها ، إلى غيره ، بغير إذن القاضى - فإنه يضمن ، لأنه يجب[٦] عليه حفظها[٧] ، بنفسه ، بالتزامه الحفظ[٨] ، بالالتقاط[٩] .

ولو هلكت في يده - فإن[١٠] أشهد على اللقطة ، بأن قال للناس: « إنى وجدت لقطة فمن طلبها[١١] فدلوه[١٢] علىّ » : فإنه لا[١٣] يضمن. ولو لم يشهد : < ف > عند أبى حنيفة : يضمن ، وعندهما : لا يضمن إذا كان

---

(١) « أولى » ليست فى ا و حـ .

(٢) في ب : « ليصل » .

(٣) فى ا و ب و حـ : « فأراد » .

(٤) فى ب : « فى مكانها » . وفى ا و حـ : « بمكانها » .

(٥) « لا يضمن » ساقطة فى ا .

(٦) فى ا و ب و حـ : « وجب » .

(٧) في الأصل و ا و ب و حـ : « حفظه » .

(٨) فى ا و حـ : « للحفظ » .

(٩) فى ا كذا : « بالالفاظ » .

(١٠) كذا فى ا و حـ . وفى الأصل : « إذا » . وفى ب : « لأن » .

(١١) فى ا و حـ : « فمن ينشدها » . وفي ب : « يشهدها » .

(١٢) فى ا و ب و حـ : « داود » .

(١٣) « لا » ليست في حـ .

أخذه ليرده إلى[1] صاحبه ويحلف على[2] ذلك إن لم يصدقه صاحبه .

. . .

ثم الملتقط إذا أخذه[3] ليرده إلى[4] صاحبه[5] ، وأشهد : ينبغي أن يرفع الأمر إلى القاضي : فإن كانت[6] اللقطة حيوانا ، فالقاضي يأمره حتى يؤاجرها[7] ، فتكون[8] نفقتها ومئونتها من الأجرة ، إن رأى المصلحة في ذلك . وإن لم ير المصلحة في الإجارة : فإن رأى أن يأمره بأن ينفق[9] عليها بمال[10] نفسه ، ليرجع على صاحبه[11] ، فعل ، وإن رأى أن يبيعها[12] ويأمره بإمساك ثمنها[13] — فعل.

. . .

ويعرف ذلك سنة في جواب ظاهر الرواية ، وفي رواية الحسن : على قدر حال[14] اللقطة : في النفيس سنة ، و[15] في الدنى[16] الذى قيمته

---

(١) في ح : « على » .

(٢) « على » من ا و ب . وانظر فيما بعد الهامش ٥

(٣) الهاء من ا و ب . وانظر الهامش بعد التالي

(٤) في ا : « على » . وانظر الهامش التالي

(٥) « ويحلف على ذلك ... صاحبه » ليست في ح .

(٦) في ب : « كان » .

(٧) في ا : «يأمره ليؤاجرها»

(٨) كذا في ب . وفي الأصل و ا و ح : « فيكون » .

(٩) في ا و ح : « فإن رأى أنه ينفق » .

(١٠) في ا و ح : « من مال » .

(١١) في ا و ح : « على صاحبه بها » .

(١٢) كذا في ا و ح . وفي الأصل و ب : « يبيعه » .

(١٣) كذا في ا و ح . وفي الأصل وب : « ثمنه » .

(١٤) « حال » ليست في ا و ح .

(١٥) « و » ساقطة في ح .

(١٦) « الدنى » ليست في ا و ب و ح وفيها : « وفي الذى » مع سقوط الواو في ح كما نبهنا في الهامش السابق.

زائدة على عشرة دراهم[١] : لا ينقص من شهر على هذا الاعتبار[٢] .

• • •

فإذا مضى وقت التعريف ، ولم يظهر صاحبها : فإن كان الرجل موسرا : لا يحل له أن ينفق على نفسه ، ولكن[٣] يتصدق[٤] بها على الفقراء . وقال[٥] الشافعي : يحل . وإن كان معسراً : له أن يتصدق[٦] على نفسه ؛ وإن شاء : يتصدق[٧] بها[٨] على الفقراء .

فإن ظهر صاحبها : < ف > إن شاء أمضى الصدقة وله ثوابها ، وإن شاء أخذ[٩] من المتصدق عليه ، وإن شاء ضمن الملتقط[١٠] .

• • •

وإن كان شيئاً يتسارع إليه[١١] الفساد ، فإنه يعرفها ، بقدر مالا يفسد ، ثم يتصدق ، أو ينفق على نفسه على ما ذكرنا .

• • •

وإنما يدفع إلى من يدعى اللقطة إذا أقام البينة . فإن[١٢] ذكر

---

(١) كذا في ب . وفي الأصل و ا و حـ : « على العشرة » .

(٢) « على هذا الاعتبار » ليست في ا . وفي حـ : « على الاعتبار » .

(٣) « على نفسه ولكن » ليست في حـ وموضعها بياض .

(٤) في حـ : « تصدق » .

(٥) في ا و ب و حـ : « وعند » .

(٦) في ا و حـ : « ينفق » .

(٧) في ب : « تصدق » .

(٨) « بها » ليست في ا و ب و حـ .

(٩) في ا و حـ : « أخذه » .

(١٠) كذا في ا و ب . وفي الأصل : « من الملتقط » . وفي حـ كذا : « وإن شاء أو من الملتقط » .

(١١) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « إليها » .

(١٢) في ا و حـ : « وإن » .

علامات[١] هى فيها[٢]: فإن شاء الملتقط صدقه[٣] ودفع إليه[٤]، وإن شاء امتنع حتى[٥] يقيم البينة.

. . .

وكذا الجواب في **الدابة الضالة**، من الغنم والإبل وغيرهما[٦]. فأما إذا لم تكن ضالة، ولكنها نفرت[٧] في المراعى، فإنه لا يأخذها، لأن ذلك أمر[٨] معتاد، إذا كان قريباً من البلدة[٩] أو القرية أو الخيام[١٠].

فأما إذا كان غالب[١١] ظنه أنها ضالة، فإنه يأخذها.

. . .

وأما العبد إذا لم يكن ضالا للطريق، ولكنه آبق[١٢] من صاحبه ـ فالجواب ما ذكرنا. ولكن ههنا متى رده إلى المالك: إن كان من مسيرة سفر، يستحق[١٣] الجعل على[١٤] صاحبه: أربعين درهما عندنا، وعند الشافعي: لا يجب شيء.

---

(١) فى حـ: «علامة» وكتب فوق آخرها «مات» أى «علامات» فيكون فيها: «علامة» و «علامات».

(٢) كذا فى ا و ب و حـ. وفي الأصل: «هى حتها» وقد تكون: «هى حقها».

(٣) فى ا: «صدقها»

(٤) «ودفع إليه» ليست في ا و حـ.

(٥) فى ا كذا: «على».

(٦) فى ا و حـ: «وغيرها». راجع فيما تقدم ص ٦٠٣

(٧) فى ا و ب و حـ: «تفرقت».

(٨) فى ب: «لأنه أمر».

(٩) التاء من ا و حـ.

(١٠) فى حـ: «والقرية والخيام».

(١١) «غالب» ليست فى ب.

(١٢) فى حـ كذا: «أبوا». راجع فيما تقدم ص ٦٠٣

(١٣) فى ا و حـ: «يستحق عليه الجعل». (١٤) «على» ليست فى ب.

وإن كان الرد في أقل من مدة[1] السفر: يستحق الرضخ[2] بقدره[3].

ولو كان الراد اثنين، فيكون الجعل بينهما.

وهذا إذا كانت[4] قيمته أكثر من أربعين درهما[5].

فأما إذا كانت[6] أربعين، أو دون ذلك[7]، فإنه ينقص من الجعل درهم[8] عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا ينقص منه شيء[9].

ولو كان الراد من كان في[10] عياله، لا يستحق الجعل. فأما من[11] لم يكن في عياله، فإنه يستحق، سواء كان أجنبياً أو ذا رحم محرم[12] منه، إلا الوالدين والمولودين[13]: ففيه اختلاف بين أبي يوسف ومحمد[14].

---

(١) في ب و ح: «الرد من غير مدة السفر». وانظر الهامش التالي.

(٢) في ا كذا: «الرد من أدنى مدة الرضخ» والرضخ الشيء القليل المعطى (المغرب) وفي ب: «الرصح».

(٣) أي بقدر عنائه وتعبه لأن الواجب بمقابلة العمل فيتقدر بقدره (الكاساني، ٦: ٢٠٥: ٢٤ - ٢٥).

(٤) كذا في ا و ح. وفي الأصل و ب: «كان».

(٥) «درهما» ليست في ب. وانظر فيما بعد الهامش ٩.

(٦) كذا في ا و ح. وفي الأصل و ب: «كان». راجع الهامش السابق

(٧) في ا: «وأما إذا كانت قيمته أقل من ذلك».

(٨) في ب: «درهما». وانظر الهامش التالي.

(٩) في ب: «شيئا» - احتج بما روى عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما أنه قال: من كل رأس أربعين درهما - اعتبر الرأس دون القيمة. وجه قولهما أن الواجب معلول بمعنى الصيانة عن الضياع لما ذكرنا ولا فائدة في هذه الصيانة لو اعتبرنا الرأس دون القيمة فلا بد أن ينقص من قيمته درهم ليكون الصون بالأخذ مفيدا والحديث محمول على ما إذا كانت قيمة كل رأس أكثر من أربعين درهما توفيقا بين الدلائل بقدر الإمكان (الكاساني، ٦: ٢٠٥: ٢٨ وما بعده).

(١٠) «في» ليست في ح. وفي ا: «من».

(١١) في ا و ح: «إذا».

(١٢) في ح: «المحرم».

(١٣) «والمولودين» ليست في ا.

(١٤) زاد في ب: «والله أعلم بالصواب».

كتاب
الخنثى

قال [١] :

الخنثى من يكون [٢] له آلة الرجال وآلة [٣] النساء . والشخص الواحد لا يكون ذكراً وأنثى ، ولكنه يحتمل أن يكون ذكرا ، وآلة النساء [٤] في حقه نقصان ، بمنزلة موضع شجة [٥] لم تلتئم [٦] . ويحتمل أن يكون أنثى ، وآلة الرجال في حقها زيادة [٧] ، بمنزلة الإصبع الزائدة .

والشرع جعل العلامة الفاصلة بينهما [٨] ، قبل البلوغ ، هو [٩] المبال ، على ما روى عن النبي عليه السلام أنه قال : « الخنثى يورث من حيث

---

(١) في ب : « قال الشيخ رحمه الله » . وفي ا و حـ : « قال رحمه الله » .

ملاحظة : في الكاساني (٧ : ٣٢٩) : « ووجدت في شرح مسائل المجرد المنسوب إلى الإمام اسماعيل بن عبد الله البيهقي رضى الله عنه الذى اختصر المبسوط والجامعين والزيادات في مجلدة واحدة وشرحه بكتاب لقبه « الشامل » باباً في الخنثى فأحببت أن ألحقه بهذا الفصل وهو ليس من أصل الشيخ وهو « باب الخنثى » : قال ابن عباس رضى الله تعالى عنهما ... الخ » .

(٢) « يكون » ليست في ا و حـ .

(٣) « آلة » من ا و حـ .

(٤) « والشخص الواحد ... وآلة النساء » ليست في ب .

(٥) في ب : « شحمه » .

(٦) كذا في حـ و ب . وفي الأصل : « لم يلتئم » . وفي ا كذا : « لم تليم » .

(٧) في ب : « زايدة » .

(٨) « بينهما » ليست في ب .

(٩) « هو » ليست في ا و حـ . وفي ب : « هي » .

يبول » ـ فلما[1] جعل الأمارة[2] هذا في حق الإرث ، فكذا في حق[3] الأحكام التى تختص بالخنثى : يجب أن يكون هو[4] العلامة.

فإن[5] كان يبول من مبال الرجال ، فهو ذكر . وإن كان يبول من مبال النساء ، فهو أنثى . وإن كان يبول منهما جميعا[6] ، فالحكم للأسبق[7] منهما[8]. وإذا[9] استويا في السبق : قال أبو حنيفة : أتوقف فيه[10] . وقالا : يعتبر الأكثر في ذلك ، ثم إذا[11] استويا[12] في الكثرة والقلة ،توقفا فيه أيضا[13] كما توقف[14] أبو حنيفة.والتوقف في موضع[15] عدم الدليل ، واجب ـوهو الخنثى المشكل.

وإنما يظهر الحال ، ويزول الإشكال ، بالبلوغ : بظهور[16] الحيض،

---

(١) كذا في ا و ح . وفي الأصل و ب : « لما ».

(٢) في ا و ب و ح : « العلامة » .

(٣) « حق » من ا و ب و ح .

(٤) في ا و ب و ح : « هى » .

(٥) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « ولن » .

(٦) « جميعا » من ا .

(٧) كذا فى ا و ب . وفى الأصل و ح : « الأسبق » .

(٨) فى ا و ح : « منها » .

(٩) في ا و ح : « وإن » .

(١٠) فى ب : « الوقف فيه» . وفي ا و ح : « انه اتوقف فيه » .

(١١) في ب : « وإذا » .

(١٢) في ح كذا : « استيا » .

(١٣) « أيضا » من ا و ب و ح . وفي ا و ح : « يوقفا ... »

(١٤) فى ا و ح : « كما قال بالتوقف » .

(١٥) « موضع » ليست فى ا و ح .

(١٦) فى ا : « وبظهور » .

والحبل ، ونهود الثديين ، ونبات اللحية ، والاحتلام ، ونحوها - فيجرى[١] عليه أحكام[٢] الذكر أو[٣] الأنثى.

. . .

فأما في حال كونه مشكلا فله أحكام مخصوصة - منها :

الختان[٤] - ينبغى[٥] أن يشترى له جارية[٦] ، ختانة[٧] ، من ماله إن كان له مال[٨] ، و[٩] من مال الأبوين[١٠] إن كان ، وإلا فالقاضى يشترى له[١١] من مال[١٢] بيت المال جارية ختانة[١٣] فتختنه[١٤] : فإن كان ذكراً فهى[١٥] جاريته ، وإن كان أنثى ، فالأنثى قد[١٦] تختن[١٧] الأنثى عند الحاجة إليه[١٨].

---

(١) فى حـ : « فيجر » .

(٢) فى ا : « الأحكام » .

(٣) الهمزة من ا . ففي غيرها : « و »

(٤) في ب : « لن الختان » .

(٥) « ينبغى » من ا و ب و حـ .

(٦) « جارية » ليست فى ب .

(٧) فى ا و حـ : « خاتنة » .

(٨) « لن كان له مال » من ا و ب و حـ .

(٩) في ب و ا : « أو » .

(١٠) فى حـ : « أبويه » . وفى ا : « أو لأبويه مال لن كان » .

(١١) « له » من ا و حـ .

(١٢) « مال » من ب .

(١٣) « جارية ختانة » من ا . وفى ب و حـ : « جارية » فقط .

(١٤) كذا في ا و حـ . وفى ب : « تختنه » . وفى الأصل : « فتختتنه » .

(١٥) كذا فى ب و ا . وفى الأصل و حـ : « فهو » .

(١٦) « قد » ليست فى ا و حـ .

(١٧) كذا فى ا و ب و حـ . وفي الأصل : « تختتن » .

(١٨) راجع الكاسانى ، ٧ : ٣٢٨ : ٩

ولا يلبس الحرير احتياطاً [١] .

وموقفه في [٢] **الصلاة** خلف صف الذكور ، قبل صف النساء [٣] .

وكذا في ترتيب الجنائز عند الاجتماع : تقدم جنازته على جنازة الإناث [٤] .

وتغسله زوجته [٥] إن كانت ، وإلا فلا يغسل ، ولكن ييمم [٦] : إن [٧] كان له ذو رحم محرم ييممه [٨] بلا خرقة ، وإن كان أجنبياً [٩] فمع [١٠] الخرقة .

. . .

وأما حكم الميراث — فعند أصحابنا : يكون له [١١] أقل الأنصباء ، وهو نصيب الأنثى إن كان [١٢] أقل . وإن كان أكثر في بعض الأحوال : يكون له نصيب الذكور [١٣] .

---

(١) قدمنا (ص ٥٨٣) أن لبس الحرير مباح للنساء حرام في حق الرجال .
(٢) في ا و ب و حـ : « للصلاة » .
(٣) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « الرجال » .
(٤) في ب : « الأنثى » . وراجع ص ٢٤٧ من الجزء الأول .
(٥) « زوجته » ليست في ا و حـ .
(٦) في حـ : « يتمم » . وفي ا : « يتيمم » وفي الأصل و ب : « يؤمم » . وانظر ما يلي في المتن . وراجع ص ٣٨٢ من الجزء الأول .
(٧) في ا : « ولئن » .
(٨) في ب و حـ و ا : « يؤممه » راجع الهامش قبل السابق .
(٩) في ب : « أجنبي » .
(١٠) في حـ : « مع » . راجع ص ٣٨٠ — ٣٨١ من الجزء الأول .
(١١) « له » ليست في ا و حـ .
(١٢) « كان » ليست في حـ .
(١٣) في ا : « الذكر » .

وعلى قول الشعبي [١] : يكون له نصف ميراث الرجال ، ونصف ميراث النساء .

بيانه :

ـــ إذا ترك ابناً معروفاً [٢] وخنثى [٣] : للابن الثلثان ، وللخنثى الثلث ، لأنه أقل .

ـــ وإذا ترك خنثى و [٤] عصبة : فللخنثى النصف ، وهو ميراث البنت ، والباقي للعصبة .

ـــ ولو ترك أختاً لأب وأم ، وخنثى <لأب> [٥] ، وعصبة ـ يجعل [٦] أنثى ، كأنه ترك : أختاً لأب وأم ، وأختا لأب ، وعصبة : فللأخت للأب والأم [٧] النصف ، وللخنثى [٨] السدس ، والباقي للعصبة [٩] .

---

(١) هو أبو عمرو عامر بن شراحيل - كوفي تابعي جليل القدر وافر العلم . كانت أمه من سبي جلولاء وهي قرية بناحية فارس كانت بها الوقعة المشهورة زمن الصحابة . ولد بالكوفة سنة ٢١ هـ . (أو ١٧ أو ١٩ أو ٢٠ أو ٣١ هـ) وتوفي بالكوفة سنة ١٠٤ هـ . (أو ١٠٣ أو ١٠٥ أو ١٠٦ أو ١٠٧ هـ) . والشعبي نسبة إلى شعب وهو بطن من همدان وقيل نسبة إلى جبل باليمن (ابن خلكان ، وفيات الأعيان ، مطبعة النهضة المصرية سنة ١٩٤٨ حـ ٢ رقم ٢٩٤ ص ٢٢٧ وما بعدها) . وهو من أشياخ أبي حنيفة (ابن عابدين ، رد المحتار ، ٥ : ٥٠٧)

(٢) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « معرفاً » .

(٣) في ب : « وولد خنثى » .

(٤) في ب : « أو » .

(٥) في ب كذا : « وخنثى الأب وعصبته » . وقد تكررت هذه المسألة فيها (كما سنشير فيما بعد في الهامش ٩) . وفي المكرر قال : « وخنثى لأب » .

(٦) في حـ : « فجعل » .

(٧) كذا في ب . وفي الأصل : « فلأخت للأب والأم » . وفي ا و حـ : « فللأخت لأب وأم » .

(٨) في ب و حـ : « والخنثى » .

(٩) « ولو ترك أختا لأب .. والباقي للعصبة » كررت في ب . راجع فيما تقدم الهامش ٥

ولا يلبس الحرير احتياطاً[١].

وموقفه في[٢] **الصلاة** خلف صف الذكور، قبل صف النساء[٣].

وكذا في ترتيب الجنائز عند الاجتماع: تقدم جنازته على جنازة الإناث[٤].

وتغسله زوجته[٥] إن كانت، وإلا فلا يغسل، ولكن ييمم[٦]: إن[٧] كان له ذو رحم محرم ييممه[٨] بلا خرقة، وإن كان أجنبياً[٩] فمع[١٠] الخرقة.

. . .

وأما حكم الميراث ـ فعند أصحابنا: يكون له[١١] أقل الأنصباء، وهو نصيب الأنثى إن كان[١٢] أقل. وإن كان أكثر في بعض الأحوال: يكون له نصيب الذكور[١٣].

---

(١) قدمنا (ص ٥٨٣) أن لبس الحرير مباح للنساء حرام في حق الرجال.

(٢) في ا و ب و حـ: «للصلاة».

(٣) كذا في ا و ب و حـ. وفي الأصل: «الرجال».

(٤) في ب: «الأنثى». وراجع ص ٢٤٧ من الجزء الأول.

(٥) «زوجته» ليست في ا و حـ.

(٦) في حـ: «يتمم». وفي ا: «يتيمم». وفي الأصل و ب: «يؤمم». وانظر ما يلي في المتن. وراجع ص ٣٨٢ من الجزء الأول.

(٧) في ا: «ولئن».

(٨) في ب و حـ و ا: «يومه» راجع الهامش قبل السابق.

(٩) في ب: «أجنبي».

(١٠) في حـ: «مع». راجع ص ٣٨٠ ـ ٣٨١ من الجزء الأول.

(١١) «له» ليست في ا و حـ.

(١٢) «كان» ليست في حـ.

(١٣) في ا: «الذكر».

وعلى قول الشَعبي [١] : يكون له نصف ميراث الرجال ، ونصف ميراث النساء .

بيانه :

ـــ إذا ترك ابناً معروفاً [٢] وخنثى [٣] : للابن الثلثان ، وللخنثى الثلث ، لأنه أقل .

ـــ وإذا ترك خنثى و [٤] عصبة : فللخنثى النصف ، وهو ميراث البنت ، والباقي للعصبة .

ـــ ولو ترك أختاً لأب وأم ، وخنثى <لأب> [٥] ، وعصبة ـ يجعل [٦] أنثى ، كأنه ترك : أختاً لأب وأم ، وأختا لأب ، وعصبة : فللأخت للأب والأم [٧] النصف ، وللخنثى [٨] السدس . والباقي للعصبة [٩] .

---

(١) هو أبو عمرو عامر بن شَراحيل - كوفي تابعي جليل القدر وافر العلم . كانت أمه من سبي جَلُولاء وهي قرية بناحية فارس كانت بها الوقعة المشهورة زمن الصحابة . ولد بالكوفة سنة ٢١ هـ . (أو ١٧ أو ١٩ أو ٢٠ أو ٣١ هـ) وتوفي بالكوفة سنة ١٠٤ هـ . (أو ١٠٣ أو ١٠٥ أو ١٠٦ أو ١٠٧ هـ) . والشعبي نسبة إلى شَعب وهو بطن من هَمْدان وقيل نسبة إلى جبل باليمن (ابن خلكان ، وفيات الأعيان . مطبعة النهضة المصرية سنة ١٩٤٨ جـ ٢ رقم ٢٩٤ ص ٢٢٧ وما بعدها). وهو من أشياخ أبي حنيفة (ابن عابدين ، رد المحتار ، ٥: ٥٠٧)

(٢) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « معرفاً » .

(٣) في ب : « وولد خنثى » .

(٤) في ب : « أو » .

(٥) في ب كذا : « وخنثى الأب وعصبته » . وقد تكررت هذه المسألة فيها (كما سنشير فيما بعد في الهامش ٩) . وفي المكرر قال : « وخنثى لأب » .

(٦) في حـ : « فجعل » .

(٧) كذا في ب . وفي الأصل : « فلأخت الأب والأم » . وفي ا و حـ : « فللأخت لأب وأم » .

(٨) في ب و حـ : « والخنثى » .

(٩) « ولو ترك أختا لأب . . والباقي للعصبة » كررت في ب . راجع فيما تقدم الهامش ٥

ـــ وإن تركت[1] زوجا، وأختا لأب وأم، وخنثى لأب[2]: فللزوج[3] النصف، وللأخت لأب وأم النصف، ولا شيء للخنثى، ويجعل ذكرا، لأن هذا أسوأ حاله، لأنا لو جعلناه أنثى يكون نصيبه السدس، وتعول المسألة. ولو جعلناه[4] ذكرا لا يرث[5] شيئاً[6] ـ كما إذا[7] تركت زوجا، وأختا لأب وأم، وأخا لأب[8] على هذا القياس.

وبيان قول الشعبي، وتفسير قول[9] أبي يوسف، وتخريجه له، وتخريج محمد، على وجه آخر، يذكر في الفرائض إن شاء الله تعالى[10] ـ ونشير إليه ههنا[11]:

---

(١) كذا في ا و ب و حـ. وفي الاصل: « ترك ».

(٢) « لأب » من ب. انظر الهامش التالي

(٣) في حـ كذا: « وأخا لأب وأم فالزوج ».

(٤) في حـ: « جعلنا ».

(٥) في ب: « لا يورث ».

(٦) « شيئاً » من ا و حـ.

(٧) في ب: « لو ».

(٨) كذا في حـ. وفي الأصل: « وأختا لأم ». وفي ا: « وأخت لأب ». وفي ب: « كما لو تركت زوجاً وأختا لأب ـ على هذا القياس ».

ويمكن حمل ماورد في حـ وأثبتناه في المتن أنه تشبيه لحالة افتراض الخنثى ذكراً إذ الأخ لأب لا يرث لأنه عصبة ويكون للزوج النصف وللأخت الشقيقة النصف. وأما ماورد في الأصل و فهو تمثيل لحالة افتراض الخنثى أنثى إذ لو تركت زوجاً وأختا شقيقة وأختا لأم (أو أختا لأب) فإن الزوج يأخذ النصف والأخت الشقيقة تأخذ النصف والأخت لأم (أو الأخت لأب) تأخذ السدس وتعول المسألة.

(٩) « قول » من ا و ب و حـ.

(١٠) لم يتكلم في التحفة على الفرائض وكذا الكاساني في البدائع. وعبارة « يذكر ... » ليست في الكاساني (٧ : ٣٢٨ ـ ٣٢٩).

(١١) « وتخريج محمد ... ههنا » ليست في ا و حـ. وفيهما بدلا منها: « والتخريج: إذا ترك ».

إذا ترك ابنا وخنثى : «ف» على تخريج أبي يوسف : يجعل المال بينهما على سبعة أسهم : للابن المعروف أربعة ، وله ثلاثة[١] .

وعلى تخريج محمد : الميراث بينهما[٢] على اثني عشر سهما ، بطريق تنزيل[٣] الأحوال[٤] ، فيكون للابن المعروف سبعة ، وللخنثى خمسة[٥] .
والله تعالى أعلم بالصواب[٦] .

---

(١) قال الكاساني في البدائع (٧ : ٣٢٩) : « وجه قول أبي يوسف وتخريجه لقول الشعبي أنه يحتمل أن يكون ذكراً ، ويحتمل أن يكون أنثى . فإن كان ذكراً فله نصيب ابن ، وهو سهم، وللابن المعروف سهم . وإن كان أنثى فله نصيب بنت وهو نصف سهم وللابن المعروف سهم ـ فله في حال سهم تام وفي حال نصف سهم، وإنما يستحق على حالة واحدة ، وليست إحداهما بأولى من الأخرى ، فيعطى نصف مايستحقه في حالين ، وذلك ثلاثة أرباع سهم ، وللابن المعروف سهم تام ، فيكون الميراث بينهما على سبعة أسهم : للابن المعروف أربعة ، وللخنثى ثلاثة »

(٢) في ب : « بينهم » .

(٣) في ا و ح : « تبديل » .

(٤) في ح كذا : « الأحول » .

(٥) « وجه تفسير محمد وتخريجه لقول الشعبي أن للخنثى في حال سهما وهو أن يكون ذكراً وللابن المعروف سهم وله في حال ثلثا سهم وهو أن يكون أنثى ، وللابن المعروف سهم وثلث سهم، فيعطى نصف مايستحقه في حالين . لأنه لايستحق على حالة واحدة من الذكورة والأنوثة لاستحالة أن يكون الشخص الواحد ذكراً وأنثى، وليست لاحدى الحالتين أولى من الأخرى، فيعطى نصف مايستحقه في الحالين وهو خمسة أسداس سهم وانكسر الحساب بالأسداس فيصير كل سهم ستة، فيصير جميع المال اثني عشر سهما: للخنثى منها خمسة وللابن المعروف سبعة. أو يقال إذا جعلنا جميع المال أثنى عشر سهما فالخنثى يستحق في حال ستة من اثنى عشر وهي أن يكون ذكراً ، وفي حال أربعة من اثني عشر وهي أن يكون أنثى فالأربعة ثابتة بيقين وسهمان يثبتان في حال ولا يثبتان في حال وليست لاحدى الحالتين أولى من الأخرى فينصف وذلك سهم فذلك خمسة أسهم للخنثى وأما الابن المعروف فالستة من الاثني عشر ثابتة بيقين وسهمان يثبتان في حال ولا يثبتان في حال فينصف وذلك سهم فذلك سبعة أسهم للابن المعروف » الكاساني ، ٧ : ٣٢٩ .

(٦) « والله تعالى أعلم بالصواب » ليست في ا و ح . وانظر الكاساني ، ٧ : ٣٢٩ . وراجع الهامش ١ ص ٦١٥ .

كتاب

الشهادات

يحتاج[1] إلى ثلاثة فصول :

إلى بيان[2] تحمل الشهادة ،

وإلى بيان[3] حضور الشهود عند النكاح ،

وإلى بيان[4] جواز أداء[5] الشهادة عند القاضي .

أما الأول - فنقول :

تحمُّل الشهادة[6] إنما يجوز عن[7] المعاينة ، أو عن سماع الإقرار وإنشاء القول ، من النكاح ، و[8] الطلاق ، والبيع ، ونحوها[9] ، من الخصم .

فأما التسامع من الناس فلا عبرة به[10] ، إلا في مواضع مخصوصة :

---

(١) في ب : « قال الشيخ الإمام رحمه الله تعالى : يحتاج » . وفي ا و حـ : « قال رحمه الله : يحتاج » .

(٢) و (٣) و (٤) في ب : « في بيان ... وبيان ... وبيان » .

(٥) « أداء » ليست في ا و ب و حـ

(٦) « تحمل الشهادة عبارة عن فهم الحادثة وضبطها » الكاساني (٦ : ٢٦٦ : ٩).

(٧) في ا و ب و حـ : « عند » .

(٨) في ا و حـ : « في النكاح وفي » .

(٩) في ا و حـ : « ونحوها » .

(١٠) في ب : « ولا » . وفي حـ كذا : « لا غيره به » .

فى النكاح ، والنسب ، والموت ، وفي الولاء اختلاف : عند أبي حنيفة ومحمد : لا يقبل ، وعند أبي يوسف : يقبل .

وإنما يصح التحمل[١] ممن له عقل وتمييز[٢] ، ليفهم كلام الخصمين ، أو يعلم ما يفعله[٣] ، سواء كان حرا أو عبدا ، أو فاسقا أو كافرا[٤] ، أو صغيرا عاقلا أو بالغا[٥] ، حتى إذا زالت[٦] هذه المعانى وحدثت[٧] ضدها تقبل شهادته .

وكذا العبد إذا تحمل الشهادة لمولاه ، أو[٨] المرأة لزوجها - تقبل بعد العتق ، والبينونة . لكن لو شهد لمولاه وردت[٩] شهادته ، أو شهدت المرأة لزوجها وردت[١٠] ، ثم شهدا[١١] بعد العتق والبينونة، في تلك الحادثة : لا تقبل - بخلاف الكافر إذا شهد على مسلم في حادثة ،

---

(١) في ب كذا : « العمل » . راجع الهامش ٦ من الصفحة السابقة .

(٢) فى حـ : « وتميز » .

(٣) فى ا و حـ : « مايفعل » .

(٤) « أو كافراً » وردت فى ب بعد : « أو صغيراً عاقلا » .

(٥) «أو بالغا » من ا و حـ .

(٦) كذا فى ب . وفى ا و حـ والأصل : « زال » .

(٧) كذا فى ا و حـ . وفى الأصل و ب : « وتحدث » . وفى الكاسانى (٦ : ٢٦٦ : ١٤) : « ... وأما البلوغ والحرية والإسلام والعدالة فليست من شرائط التحمل بل من شرائط الأداء حتى لو كان وقت التحمل صبياً عاقلا أو عبداً أو كافراً أو فاسقاً ثم بلغ الصبي وعتق العبد وأسلم الكافر وتاب الفاسق فشهدوا عند القاضى - تقبل شهادتهم » .

(٨) فى ب : « و » .

(٩) كذا فى ا و حـ . وفى ب : « فردت » . وفي الأصل : « ورد » .

(١٠) في ب : « فردت » .

(١١) في ا و ب و حـ : « شهد » .

فردت[١] شهادته، ثم أعاد تلك الشهادة بعد الإسلام: تقبل[٢] - والفرق مذكور فى الخلافيات[٣].

وأما حضور الشهود عند عقد[٤] النكاح

فقد بينا ذلك في كتاب النكاح، فلا[٥] نعيده[٦].

وأما جواز الشهادة عند القاضي - فنقول:

شهادة رجلين عدلين مقبولة في جميع الأحكام، فى أسباب العقوبات، وغيرها، إلا في الزنا: فإنه لا تقبل إلا شهادة أربع<ة> رجال عدول.

وشهادة رجل[٧] وامرأتين مقبولة، في جميع الأحكام، عندنا[٨]، إلا فى الحدود والقصاص. وعند الشافعى: لا تقبل إلا في[٩] الأموال وتوابعها.

وكذا حكم الشهادة على الشهادة: مثل حكم شهادة رجلين أو[١٠] رجل وامرأتين.

---

(١) فى ا و حـ: «وردت».

(٢) «تقبل» ليست فى ا و حـ.

(٣) فى ب: «فى المختلف».

(٤) «عقد» ليست في ا و حـ.

(٥) فى حـ: «ولا».

(٦) كذا في ا و ب و حـ. وفى الأصل: «نعيد». راجع في الجزء الثاني ص ١٩٥

(٧) فى ب: «رجلين».

(٨) «عندنا» ليست فى ا و حـ.

(٩) «إلا فى» ليست فى ا.

(١٠) «رجلين أو» من ا.

وتجوز شهادة الأقارب ، مثل شهادة الأجانب[١] ، إلا شهادة الوالدين والمولودين ، وشهادة أحد الزوجين لصاحبه . وعند الشافعى: تقبل شهادة الأزواج[٢] .

ولا تجوز[٣] شهادة المحدود فى القذف إذا تاب ، عندنا — خلافاً للشافعى[٤] .

ولا تجوز شهادة الأعمى ، وإن كان بصيرا عند التحمل[٥] ، عند أبى حنيفة. وقال أبو يوسف : تقبل إذا كان بصيرا عند[٦] التحمل .

ولا تجوز شهادة العبد ، والأخرس ، والصبي العاقل ، والمعتوه[٧] ، ولا شهادة الأجير له فى تجارته التى استأجره[٨] فيها ، ولا شهادة أحد الشريكين فى مال[٩] الشركة والتصرف فيها ، وتقبل فيما سوى ذلك[١٠] .

---

(١) فى ا و حـ : « مثل شهادة العم والأخ » .

(٢) فى ب : « تقبل الأزواج » اهـ . وانظر فيما بعد ص ٦٣٩

(٣) فى ا و ب و حـ : « ولا تقبل » .

(٤) زاد هنا فى ب كذا : « وتجوز شهادة المدز ، خلافا له » .

(٥) قدمنا فى الهامش ٦ ص ٦٢٢ أن « تحمل الشهادة عبارة عن فهم الحادثة وضبطها » الكاسانى ، ٦ : ٢٦٦ : ٩ .

(٦) فى ب : « وقت » . راجع الهامش السابق .

(٧) فى ا : « والمعتق » والظاهر أنه تحريف من الناسخ فإن المعتق تقبل شهادته (الكاسانى ، ٦ : ٢٦٦ : ٢٠ — ٢١) والخلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه فى هل تقبل شهادة معتق البعض أم لا ؟ فعنده لا تقبل وعندهما تقبل (الكاسانى ، ٦ : ٢٦٨ : ٤) .

(٨) فى ب : « استأجر » .

(٩) « مال » ليست فى ب

(١٠) فى ا و حـ : « فى سواه » .

وأما شهادة الفاسق - <ف> إن تحرى[1] القاضي الصدق في شهادته: تقبل، وإلا فلا. وعند الشافعي: لا تقبل أصلا. ولا تقبل في العقوبات[2].

ولو طعن المشهود عليه في الشاهد[3]: أنه رقيق أو فاسق - لم تمض[4] الشهادة، ما لم يقم البينة على الحرية إن[5] كان مجهول النسب.

وكذا ما لم يَسْأل[6] عن عدالتهم، في السر والعلانية.

ولا يجوز القضاء بظاهر العدالة[7]، بالاتفاق[8]. وقبل[9] الطعن: يجوز عند أبي حنيفة، خلافا لهما.

ولو[10] اختلف الشاهدان في الوقت، والمكان، والعبارة، مع استواء العبارتين في المعنى: <ف> إن[11] كان ذلك في الإقرار: تقبل شهادتهما، ولا يوجب اختلاف الشهادة. وإن كان في الفعل، من[12] الغصب، والقتل[13]، والقطع، وإنشاء البيع، والطلاق، ونحوها[14]:

---

(١) في ح وا كذا: « تجر ».

(٢) راجع فيما تقدم ص ٢١٧ و ٢٢٨.

(٣) كذا في ا و ب و ح. وفي الأصل: « في الشهادة ». وراجع الصفحة السابقة.

(٤) في ا و ح: « لم يضمن ».

(٥) في ا و ب و ح: « إذا ».

(٦) في ا و ب و ح كذا: « مالم يسئل ».

(٧) « القضاء بظاهر العدالة » ليست في ب.

(٨) « بالاتفاق » ليست في ا.

(٩) في ح: « وقيل ».

(١٠) في ح: « وإن ». وفي ا: « وإذا ».

(١١) في ح: « إذا ».

(١٢) كذا في ا. وفي الأصل: « في ».

(١٣) « ولا يوجب اختلاف الشهادة. والقتل » ليست في ح.

(١٤) « ونحوها » ليست في ا و ح.

فإنه يوجب[١] اختلاف الشهادة. فما لم يوجد على كل واحد شاهدان[٢]: لا يقبل.

وإذا[٣] اختلف الشاهدان فى جنس المشهود به: لا يقبل[٤].

ولو اختلفا فى المقدار، وأحدهما يدخل فى الآخر[٥]: والمدعى يدعى الأكثر، كما إذا شهد أحدهما على ألف والآخر على ألفين: لا تقبل عند أبى حنيفة، وعندهما: تقبل على الأقل[٦].

وكذا إذا شهد أحدهما على طلقة، والآخر على طلقتين أو ثلاث - لا يقبل عند أبى حنيفة[٧]، وعندهما: يقبل على[٨] الأقل[٩].

وأجمعوا أنه إذا شهد أحدهما على ألف، والآخر على ألف وخمسمائة[١٠]، والمدعى يدعى[١١] الأكثر: يقبل على ألف. وقد ذكرنا فى الطلاق[١٢].

وأكثر مسائل الشهادة ذكرنا[١٣] فى الكتب السابقة[١٤]، فلا نعيدها[١٥].

---

(١) « اختلاف الشهادة ... ونحوها، فإنه يوجب » ليست فى ب.

(٢) « على كل واحد شاهدان » ليست فى حـ.

(٣) فى ا و ب و حـ: « واو ».

(٤) فى ا و حـ: « لاتقبل ».

(٥) كذا فى ا و ب و حـ. وفى الأصل: « فى الأخرى ».

(٦) فى ا: « على الألف ».

(٧) كذا فى ا و حـ. وفى الأصل: « عنده ».

(٨) « على » من ا و حـ.

(٩) « وكذا إذا شهد أحدهما ... الأقل » ليست فى ب.

(١٠) فى ب كذا: « الف ولا جناية ».

كتاب

الرجوع عن الشهادات[1]

الرجوع[2] عن الشهادة لا يصح[3] بعد قضاء القاضى، و[4] يصح قبله[5]، لأنه إخبار يحتمل الغلط. وإنما يصير[6] حجة، ضرورة صحة القضاء، فما لم يتصل به قضاء القاضى[7]، يصح الرجوع. ولا يلزم الشهود بذلك شيء[8]، لأنه لم يثبت به الحكم.

وبعد الحكم لا يصح الرجوع[9] فى[10] حق الخصم، ولكن يصير متلفا فى حق المشهود عليه، فيلزمه[11] ضمانه، إلا إذا حصل[12] العوض،

---

(١) فى ب : « الشهادة ».

(٢) في ا و حـ : « قال رحمه الله : الرجوع ».

(٣) « لا يصح » ساقطة فى حـ و ا.

(٤) « و » ليست فى ا . وفى ب : « ولكن ».

(٥) فى ا و حـ : « قوله ».

(٦) فى ا و حـ : « يصح ».

(٧) فى ب : « القضاء ».

(٨) « شيء » ليست في ا.

(٩) فى ا و حـ و ب : « وبعد الرجوع لا يصح في حق ». وانظر الهامش التالي.

(١٠) « فى » ليست في ا و حـ.

(١١) فى ا و حـ : « فيلزم ».

(١٢) فى ا و حـ : « أدى ».

المشهود عليه : < ف > بذلك لا يضمن[١] ، لأنه يكون[٢] إتلافا بعوض ، فلا يكون إتلافا معنى . والعبرة[٣] في الرجوع بقاء من بقى[٤] من الشهود ، لا رجوع من رجع ، ويبقى الحق بقدر بقاء الشهود ، ويتلف بقدر ما رجع .

إذا ثبت هذا الأصل ، تخرج عليه[٥] المسائل .

— إذا شهد شاهدان على رجل بمال[٦] . وقضى القاضي بذلك ، وسلم المال إلى المدعى ، ثم رجع أحدهما : غرم نصف المال ، لأنه بقى النصف ببقاء شاهد واحد . ولو رجعا جميعا: غرما[٧] المال، بينهما ، نصفين .

— ولو كانوا أربعة ،فرجع اثنان أو واحد منهم[٨] :فلا[٩] شيء عليه، لبقاء المال ببقاء الشاهدين . ولو رجع ثلاثة : يلزمهم نصف المال لبقاء النصف ، ببقاء شاهد واحد .

---

(١) في ا و حـ : « لمن المشهود عليه فلا يضمن » .
(٢) في ا و ب : « لا يكون » .
(٣) في ا و ب و حـ : « ولكن العبرة » .
(٤) في حـ و ب : « نفى » . وفي الكاساني (٦ : ٢٨٧ : ١٧) : « وأما بيان مقدار الواجب من الضمان فالأصل أن مقدار الواجب منه على قدر الإتلاف لأن سبب الوجوب هو الإتلاف ،والحكم يتقدر بقدر العلة ، والعبرة فيه لبقاء من بقي من الشهود بعد رجوع من رجع منهم: فإن بقي منهم بعد الرجوع من يحفظ الحق كله فلا ضمان على أحد لانعدام الإتلاف أصلا من أحد .وإن بقي منهم من يحفظ بعض الحق وجب على الراجعين ضمان قدر التالف بالحصص» .
(٥) « عليه » من ب .وانظر الهامش التالي
(٦) كذا في ب: وفي الأصل : « على مال على رجل » وعبارة «الأصل .. رجل» ليست في ا و حـ .
(٧) في حـ : « غرم » .
(٨) « منهم » ليست في حـ .
(٩) كذا في ا و ب و حـ .وفي الأصل : « لا ».

— ولو شهد رجل وامرأتان[١] ، على مال[٢]، فرجعت امرأة[٣] : غرمت ربع المال . ولو رجعتا غرمتا[٤] نصف المال ، لبقاء النصف ببقاء رجل[٥] ، لأن المرأتين بمنزلة رجل واحد[٦] .

— ولو شهد رجل واحد[٧] وعشر نسوة ، على رجل، بمال، ثم رجعوا جميعا بعد الحكم : فقال أبو حنيفة[٨] : على الرجل سدس المال ، وعلى النساء خمسة أسداسه[٩] ، لأن كل امرأتين بمنزلة رجل واحد . وعند أبي يوسف ومحمد : على الرجل النصف ، وعلى النساء النصف . لأن النساء[١٠]، وإن كثرن ، لهن[١١] شطر[١٢] الشهادة .

. . .

— ولو شهدا على رجل : أنه باع[١٣] عبده من فلان بألف[١٤] ،

(١) في حـ : « وامرأتين » .
(٢) « على مال » ليست في ا و حـ .
(٣) في ب : « المرأة » .
(٤) في ب « غرما » .
(٥) في ا و حـ : « الرجل » .
(٦) « واحد »من ا و حـ .
(٧) « واحد »من ا و حـ .
(٨) في ا و ب و حـ : « فعلى قول أبي حنيفة » .
(٩) في ا و حـ : « أسداس » .
(١٠) « النساء » ليست في حـ . وفي ا : « لأنهن » .
(١١) كذا في ب . وفي الأصل : « فهي » . وليست في ا و حـ .
(١٢) في ا كذا : « تنتظر » — والصحيح مافي المتن.
(١٣) في ا : « أعتق » . وفي حـ : « باع من » .
(١٤) « بألف » ليست في حـ .

وقبض الثمن ، ثم رجعا[١] : لم يضمنا ، لأن[٢] هذا إتلاف بعوض[٣] .

ــ وكذا لو شهدا على رجل : أنه تزوج امرأة بألف درهم ، وهو مهر مثلها ، وقضى القاضي بالنكاح ، ثم رجعا : لم يضمنا ، لأنهما أثبتا له[٤] البضع بمقابلة المال .

ــ ولو شهدا[٥] على رجل أنه[٦] طلق امرأته ثلاثا ، وقد دخل بها ، وقضى[٧] القاضي ، ثم رجعا : لم يضمنا ، إلا ما زاد على مهر المثل ، لأنه[٨] ، بقدر مهر المثل[٩] . إتلاف بعوض ، وهو[١٠] استيفاء منافع البضع .

ولو كان قبل[١١] الدخول : <ف> إن كان المهر مسمى[١٢] ، ضمنا النصف ، وإن لم يكن المهر مسمى يضمنان[١٣] المتعة[١٤] . لأن ذلك

---

(١) « ثم رجعا » ليست في حـ و ا .

(٢) في حـ كذا : « لم يضمنا إنما كان المدعى لأن ... » . وفي ا : « لم يضمنا إنما كان المدعى أن » .

(٣) « بعوض » ليست في ا و حـ . راجع فيما تقدم ص ٦٢٩ .

(٤) « له » من ا و ب و حـ .

(٥) في ب : « أشهدا » .

(٦) « أنه » ليست في حـ .

(٧) في ب : « ثم قضى » .

(٨) الهاء من ا و حـ . وفي الأصل و ب : « لأن » . وفي ا و حـ : « مثلها لأنه » .

(٩) في ب : « المهر » فقط .

(١٠) في ب : « وهذا » .

(١١) في ب : « ولئن كان قبل » . وفي ا : « ولو شهدا قبل .. » . وفي حـ : « ولو قبل ... » .

(١٢) في ب : « المهر المسمى » . وفي ا : « المهر مسمى » .

(١٣) في ا : « ضمنا » . وفي حـ و ب : « يضمنا » .

(١٤) في حـ و ب : « المنفعة » . وراجع في الجزء الثاني ص ٢٠٩ - ٢١٠

تلف بشهادتهما، ولم يحصل له[1] بمقابلته عوض.

. . .

— وكذلك لو[2] شهدا[3] على رجل، بإجارة داره[4] سنة، ثم رجعا بعد استيفاء السكنى: فإنهما يغرمان[5] المستأجر ما زاد على أجر[6] المثل، لأنه[7]، بقدر أجر المثل، حصل العوض، والباقي بغير عوض، فيكون إتلافاً.

. . .

— كذا لو شهدا[8] على رجل: أنه أعتق عبده بألف درهم[9] وسلم إليه أولا، ثم رجعا: لم يضمنا، لأن هذا إتلاف بعوض.

— ولو شهدا[10] أنه أعتق[11] بغير مال، ثم رجعا: يضمنان[12]، للإتلاف[13] بغير عوض.

— ولو شهدا على أنه[14] قال لعبده: «إن دخلت هذه الدار فأنت

---

(١) «له» ليست في ا و حـ.

(٢) في ب: «إذا».

(٣) في حـ: «شهد».

(٤) كذا في ا و ب و حـ. وفي الأصل: «دار».

(٥) في ب: «يغرما».

(٦) في ا: «أجرة». وفي حـ: «الأجرة المثل».

(٧) الهاء من ا و حـ ففيهما: «لأنه». وفي الأصل و ب: «لأن».

(٨) في حـ: «شهد».

(٩) «درهم» من ب.

(١٠) زاد في ا و حـ: «على رجل». وفي ب: «عليه».

(١١) زاد في ا: «عبده». وفي حـ: «عبد».

(١٢) في ب: «يضمنا».

(١٣) في ب و حـ: «الإتلاف».

(١٤) في ب: «وكذا لو شهدا على رجل أنه».

حر ». وقد دخل، وقضى القاضي بالعتق، ثم رجعا: ضمنا. لأن هذه شهادة على الإعتاق، وهو إتلاف بغير عوض، فيضمنان[١].

ـــ ولو شهدا[٢] أنه حلف بعتق عبده بدخول الدار، وشهد آخران على الدخول، وقضى القاضي بالعتق، ثم رجعوا: فإن الضمان يجب على[٣] شهود اليمين، لا على شهود الدخول[٤]. لأن الدخول شرط[٥]، وكلام اليمين صار إعتاقا، والتلف يضاف إلى العلة. دون الشرط، ويكون[٦]، المتلف هو شاهد اليمين.

. . .

ـــ ولو شهدا على رجل بسرقة عشرة دراهم، وقضى القاضي، عند خصومة المالك، وقطعت[٧] يده، ثم رجعا: يغرمان دية اليد.

. . .

ـــ وكذلك لو شهدا على رجل بقتل[٨] الخطأ. أو بجراحة خطأ، ثم رجعا.

ـــ ولو شهدا على القتل[٩] العمد، وقضى القاضي، واقتص، ثم رجعا: لا يجب القصاص على الشهود عندنا. وعند الشافعي: يجب، ولكن عندنا

---

(١) « فيضمنان » من ا و ب و حـ.
(٢) في ا و ب و حـ: « ولو شهد شاهدان ».
(٣) في ا: « فالضمان على ».
(٤) « لا على شهود الدخول » من ا و ب و حـ.
(٥) « لأن الدخول شرط » ليست في حـ. وفي ب: « بشرط ». وفي: « لأن الدخول في كلام ... ».
(٦) في ا و ب و حـ: « فيكون ».
(٧) في ب: « وقطع ».
(٨) في ا و حـ: « على قتل ... ».
(٩) في حـ: « ولو شهد على قتل ... » وفي ا: « ولو شهدا على قتل ... ».

يجب المال ، لأنه لا[1] يمكن إيجاب القصاص بالتسبيب[2] ، ويمكن إيجاب المال ، كما في حفر البئر .

. . . .

— ولو شهد أربعة، على رجل، بالزنا، وشهد آخران على الإحصان[3]، ثم رجعوا بعد إقامة الرجم : لا يجب على شهود الإحصان شيء[4] ، وتجب الدية على شهود الزنا ، لأن الزنا[5] علة ، والإحصان شرط .

ولو رجع أحد الشهود، بالزنا، بعد الرجم : فإنه يحد حدّ القذف ، لأن شهادته صارت[6] قذفا ، بإقراره ، ويغرم[7] ربع الدية ، لبقاء ثلاثة أرباع[8] بثلاثة[9] شهود . وإن[10] رجع آخر < ف > كذلك .

ولو أنه إذا رجع واحد منهم ، بعد القضاء، قبل إقامة الحد عليهم: يحدون جميعا، عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال[11] محمد: يحد الراجع، وحده، استحسانا.

وأجمعوا أنه إذا[12] رجع واحد قبل القضاء بالرجم : فإنهم يحدون جميعا — وهي من مسائل الخلافيات[13] و[14].

---

(١) « لا » ليست في ا و حـ .

(٢) في ب : « بالسبب » .

(٣) في ا و حـ : « بالإحصان » .

(٤) « شيء » ليست في حـ .

(٥) « لأن الزنا » ليست في ب .

(٦) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « صار » .

(٧) في ا و حـ : « وغرم » .

(٨) في ب : « أرباعه » .

(٩) في ا و حـ : « ببقاء ثلاثة » .

(١٠) في ا و حـ : « فإن » .

(١١) « يوسف وقال » ساقطة في ب.

(١٢) في ا و حـ : « لو » .

(١٣) في ب : « وهي تعرف في المختلف » .

(١٤) زاد في ب : « والله تعالى أعلم بالصواب » .

كتاب

أدب القاضى

القضاء[١] فريضة محكمة[٢]، يجب على من وجد فى حقه شرائط القضاء، من الولاية على المقضى عليه، بتسليم[٣] المقضى به[٤]، إلى المقضى له، وهو السلطان، أو من يقوم مقامه ـ لأن هذا من باب إنصاف المظلوم من الظالم، وهذا[٥] مفوض إلى الخلفاء والسلاطين، غير أنهم إذا عجزوا بأنفسهم، إما لعدم العلم أو لاشتغالهم بأمور أخر، يجب عليهم أن يقلدوه[٦] من كان يصلح له[٧]، ممن هو من[٨] أفقه الناس، بحضرتهم[٩]، وأورعهم.

فإن وجدوا[١٠] اثنين: أحدهما أفقه، والآخر أورع، فالأورع

---

(١) في ا و حـ: « قال رحمه الله: القضاء ».

(٢) « لأنه لا يحتمل النسخ لكونه من الأحكام التى عرف وجوبها بالعقل والحكم العقلي لا يحتمل الانتساخ » الكاسانى، ٧: ٢ من أسفل.

(٣) في ا و حـ: « لتسليم ».

(٤) « به » ليست في ا.

(٥) في حـ: « وهو ».

(٦) في ب: « يقلدوا ».

(٧) « له » ليست في ا. وفي حـ: « لهم ».

(٨) « من » ليست في ا و حـ. ففيها: « من هو أفقه »

(٩) كذا فى ا و ب و حـ: « بحضرتهم ». وفى الأصل: « لحضرتهم ». وانظر الصفحة التالية.

(١٠) فى ب: « وجدا ».

أولى ، لأنه يمكنه أن يقضى بعلم غيره ، ولا بد من الورع ، حتى لا يتجاوز حدّ[١] الشرع ، ولا يصور الباطل بصورة الحق ، طمعا فى الرشوة .

ويجب على من استجمع فيه شرائط القضاء[٢] ، أن يقبله إذا قلدوه ، حتى[٣] لو امتنع يأثم ، إلا[٤] إذا[٥] كان فى العلماء ، بحضرتهم ، ممن يصلح له كثرة ، فلا بأس بأن يعتذر بعذر ، فيدفع عن نفسه إلى غيره ، لأنه ليس بمتعين لذلك ، والذى تعين لايحل له الامتناع إذا قلد ، ولكن لا ينبغى أن يطلب لأنه ربما لا يقلد ، فيذهب ماؤه وحرمة علمه .

. . .

ثم القضاء له واجبات وآداب:

فأما الواجبات

< ف > منها ـ أنه[٦] يجب على القاضى أن يقضى ، فى كل حادثة ، بما يثبت[٧] عنده أنه[٨] حكم الله تعالى[٩] ، إما بدليل قطعى نحو نص الكتاب مفسرا لا شبهة في معناه ، أو[١٠] السنة المتواترة أو المشهورة[١١] ،

(١) فى ا و حـ : « عن حد » .

(٢) فى ب : « شرائطه » .

(٣) فى حـ كذا : « حق » وهو خطأ .

(٤) « إلا » ساقطة فى ا و حـ .

(٥) « إذا » ساقطة فى ب .

(٦) « أنه » ليست فى ا . وفى حـ : « أن » .

(٧) فى ب : « ثبت » .

(٨) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « له » .

(٩) « تعالى » من ا و ب و حـ .

(١٠) فى ا و حـ : « و » .

(١١) فى حـ : « مشهورة » .

أو الإجماع[١] - وإما[٢] بدليل ظاهر موجب للعمل، كظاهر النص، من الكتاب، والسنة، والقياس، وذلك في[٣] موضع لا إجماع[٤] فيه[٥] بين الفقهاء. وإن[٦] كان مختلفاً فيه، أو لم تكن واقعة، <أو كانت واقعة>، و[٧] لا رواية في جوابها عن السلف[٨]، يجب[٩] عليه أن يعمل برأي نفسه إن كان من أهل الاجتهاد، وإن لم يكن من أهل الاجتهاد[١٠]، يختار قول من هو[١١] أفقههم وأورعهم.

ولو كان القاضي من أهل الاجتهاد[١٢]، لكن لم ينظر في دليل المسألة، واعتمد على اجتهاد من هو أفقه منه[١٣] - هل يجوز له القضاء به[١٤]؟ على قول أبي حنيفة: جاز[١٥]، وعلى قولهما: لا يجوز، إلا وأن

(١) في ج: « بالإجماع ».

(٢) « بدليل قطعي ... وإما » من ب. وهي في ا و ح مع خلاف لفظي أشرنا إليه فيما تقدم من الهامش.

(٣) « في » ليست في ح.

(٤) كذا في ب: « لا إجماع ». وفي الأصل و ا و ح: « الإجماع ». وفي الكاساني (٧: ٤: ٢٢): « وذلك في المسائل الاجتهادية التي اختلف فيها الفقهاء ... ».

(٥) « فيه » ليست في ا.

(٦) في ب: « بأن ». وفي ا و ح: « فإن ».

(٧) « و » ليست في ح.

(٨) في الكاساني (٧ : ٤ : ٢٢ وما بعده): « ... وذلك في المسائل الاجتهادية التي اختلف فيها الفقهاء رحمهم الله والتي لا رواية في جوابها عن السلف بأن لم تكن واقعة ».

(٩) في ب: « ولكن يجب ».

(١٠) « من أهل الاجتهاد » من ا و ج. وانظر الهامش التالي

(١١) « هو » من ا و ح. وانظر الهامش بعد التالي

(١٢) « وإن لم يكن ... الاجتهاد » ليست في ب.

(١٣) « منه » ليست في ب.

(١٤) في ا و ج: « هل يجوز القضاء؟ » فقط.

(١٥) في ب: « جائز ».

يعمل باجتهاد نفسه ـ ذكر الاختلاف فى كتاب الحدود[١] .

ومما يجب عليه[٢] أيضاً[٣] ـ أن يقضى بما ثبت عنده بالبينة أو الإقرار، أو يكون المدعى < به >[٤] مما[٥] يدخل فيه النكول، لأن الشرع جعل هذه الجملة حجة فى حقه، ولكن لا بد من أن يثبت عدالة الشهود عنده، بالسؤال عنهم، ممن له[٦] علم بأحوالهم فى السر والعلانية، فعدلوه وقالوا: هو جائز الشهادة.

وأما القضاء بعلم نفسه، بالمعاينة أو بسماع الإقرار[٧] أو بمشاهدة[٨] الأحوال[٩] : < ف > إن قضى بعلم حادث له في زمان القضاء، و[١٠] في مكانه، في الأملاك المرسلة[١١]، والحقوق، من الطلاق والعتاق ونحوهما[١٢]، وفى القصاص وفى حد القذف ـ جاز[١٣] . وإن كان في

---

(١) « إلا وأن . . . الحدود » ليست في ا و حـ .

(٢) « عليه » من ا و ب و حـ .

(٣) « أيضا » ليست في ا و حـ .

(٤) في الأصل وا و ب و حـ : « عليه » . وفي الكاساني (٧ : ٦ : ٥ من أسفل) : « وكذا القضاء بالنكول عندنا فيما يقضى فيه بالنكول » .

(٥) في ا و ب و حـ : « فيما » .

(٦) في ا و حـ : « لهم » .

(٧) « الإقرار » من ا و ب و حـ . وفي ا و حـ : « سماع الإقرار » .

(٨) كذا فى ب . وفى الأصل وا و حـ : « مشاهدة » .

(٩) فى ا و ب و حـ : « الأقوال فى التصرفات » .

(١٠) « و » ليست فى ا و حـ .

(١١) فى ا و ب و حـ : « فى الأموال » بدلا من : « فى الأملاك المرسلة » .

(١٢) فى ا و حـ : « ونحوها » .

(١٣) في ا و حـ : « جائز » . وراجع الكاساني ٧ : ٦ ـ ٧

سائر الحدود : لا يجوز ـ وهذا عندنا[١]

وعن[٢] الشافعى قولان : في قول : لا يجوز فى الكل ، وفى قول : يجوز فى الكل .

وأما إذا قضى بعلم كان قبل أن يقلد القضاء ، أو بعلم بعد التقليد لكن قبل أن يصل[٣] إلى البلد الذى ولى[٤] قضاءه : < فقد > أجمع أصحابنا أنه لا يجوز فى[٥] الحدود غير حد القذف . فأما فى سائر الأحكام وفى حد القذف[٦] والقصاص: < فقد > اختلفوا[٧] : قال أبو حنيفة :لا يجوز[٨] . وعلى قول أبي يوسف ومحمد : يجوز ـ وفروع هـذا الفصل ودلائله تعرف فى المبسوط إن شاء الله تعالى[٩]

. . .

ولا يجوز للقاضى[١٠] أن يقضى لنفسه ،ولا لأبويه وإن علوا[١١] ، ولا لزوجته ، ولا لأولاده وإن سفلوا[١٢] ، ولا لكل من لا تجوز شهادته لهم[١٣] .

---

(١) في ا و ح : «وهذا عند أصحابنا » . وفي ب : «وهذا عند أصحابنا جميعاً » .

(٢) فى ب : « وعند » .

(٣) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل « يقلد » .

(٤) فى ا و ح : « إلى البلدة التي تولى » .

(٥) فى ح : « وفى » .

(٦) فى ا : « وفي حد السرقة » .راجع الكاساني ، ٧ : ٦ ـ ٧

(٧) زاد فى ا و ح هنا : « فيه » .

(٨) « لا يجوز » ليست في ا .

(٩) راجع الكاسانى ، ٧:٦:٤ من أسفل - ٧ .

(١٠) « للقاضي » ليست فى ا و ح .

(١١) « وإن علوا » ليست فى ا .

(١٢) « وإن سفلوا » ليست فى ا .

(١٣) راجع فيما تقدم ص ٦٢٥

وهل يقضي[١] بكتاب قاض ورد إليه من قضاة البلدان[٢] ؟ ليس[٣] له أن يقضي في الحدود والقصاص ، وأما في الديون[٤] والعروض[٥] والعقار ـ < فقد > جاز[٦] القضاء به .

ولا يجوز في الحدود والقصاص القضاء بالشهادة على الشهادة . وفي الغلام والجارية : عند أبي حنيفة ومحمد : لا يكتب إلى القضاة[٧] ، ولا يقبل . وعن أبي يوسف : يقبل ، وهو قول ابن[٨] أبي ليلى ـ وعمل القضاة على هذا ، لأجل[٩] الضرورة[١٠] العامة .

ثم فيما[١١] يقبل فيها[١٢] الكتاب[١٣] ـ إذا ورد[١٤] الكتاب إلى القاضي المكتوب إليه[١٥] ، ينبغي أن لا[١٦] يفك الكتاب ، ولا يقرأه[١٧]

---

(١) في ب كذا : « يقضا » .

(٢) في ا و ب و ح : « البلاد » .

(٣) في ح : « وليس » .

(٤) في ب : « في الدين » .

(٥) في ا : « والقروض » .

(٦) في ب : « جائز » .

(٧) في ب كذا : « القضا » .

(٨) « ابن » ليست في ب .

(٩) في ب كذا : « الأجل » . وفي ح : « الأجر » .

(١٠) في ا و ج : « ضرورة » .

(١١) في ب : « ثم ما » .

(١٢) في ا و ب و ح : « فيه » .

(١٣) في ا و ح : « كتاب القاضي » .

(١٤) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « أورد » .

(١٥) « إليه » ليست في ا .

(١٦) « لا » ليست في ح .

(١٧) في ا و ح : « ولا يقرأ » .

إلا بحضرة الخصم، كي لا يتهم في ذلك.

وأما آداب القضاة [١]

فللقاضي [٢] أن يجلس مع نفسه قوما من [٣] الفقهاء، ليشاور [٤] معهم إذا [٥] احتاج إليه. فإن [٦] اتفقوا عليه، والحادثة معروفة في السلف، يقضي به. وإن اختلفوا فعلى ما ذكرنا.

فإن بدا له أن يرجع فيما اعتمد على قول بعضهم [٧]، ورأى [٨] الصواب في قول الآخر [٩] - < ف > له ذلك، لأن له أن يقضي في المجتهد فيه، بما لاح له [١٠] من دليل الاجتهاد إن [١١] كان مجتهدا.

فأما بعد الحكم - < ف > ليس له أن يبطل ذلك القضاء، لأنه صار [١٢] بالقضاء كالمتفق [١٣] عليه، ولكن يعمل في المستقبل بخلافه إذا رأى ذلك صوابا.

---

(١) في حـ و ب: «القاضي». وفي ا: «القضا».
(٢) في ا: «فإن للقاضي».
(٣) «قوما من» ليست في حـ و ا.
(٤) في ب: «يشاور». وفي ا و حـ «لتشاور».
(٥) في ب: «لو».
(٦) كذا في ا و ب و حـ. وفي الأصل: «وإن».
(٧) في ب: «قولهم».
(٨) في ا: «برأى». وفي حـ كذا: «برا».
(٩) في حـ: «آخر».
(١٠) «له» ليست في ا و حـ.
(١١) كذا في ا و ب و حـ. وفي الأصل: «وإن».
(١٢) «صار» من ا و ب و حـ.
(١٣) في حـ: «المتفق».

وينبغى أن يعدل بين الخصمين في مجلسهما منه : لا يقرب أحدهما دون الآخر ، وإن كان له شرف العلم و[١] النسب . وإن كان يريد تعظيم ذلك فى المجلس ، ينبغى أن يجلس خصمه معه ، أيهما أجلس الأول .

وكذلك يعدل بينهما فى النظر والمنطق. ولا يشير إلى أحد[٢] الخصمين دون الآخر .

وكذلك لا يخلو[٣] بأحدهما ، دفعا للتهمة.

ولا يرفع صوته على أحدهما ما لم يرفع على الآخر ، عند الشغب والمنازعة . فأما إذا وجد من أحدهما ، فإنه يرفع صوته عليه تأديبا له[٤].

ولا ينبغى أن يلقن أحد الخصمين حجته[٥]. ولا بأس بأن يلقن الشاهد ، إذا كان يستحى ويهاب[٦] مجلس القاضى[٧] ، بشىء هو حق[٨] .

وإذا تكلم أحدهما أسكت الآخر[٩] ، حتى يسمع كلامه ، ويفهم ، ثم يستنطق الآخر ، حتى يكون أقرب إلى الفهم .

---

(١) فى ب : « أو » .

(٢) فى ا و حـ : « ولا يسار أحد الخصمين » . وفى ب كذلك وقد تكون : « ولا يسأل أحد الخصمين » .

(٣) كذا في ب . وفى الأصل و ا و حـ : « لايخلوا » .

(٤) « له » ليست في ا و حـ .

(٥) فى ا : « حجة » .

(٦) فى ب : « وهاب » . وفي حـ : « وتهاب في » .

(٧) فى ا و حـ : « القضا » .

(٨) « بشىء هو حق » ليست في ب . وفي ا : « بشىء هو أحق » .

(٩) في ب : « للآخر » .

ولا ينبغى أن يجلس للقضاء وبه ما[1] يشغله عنه ، نحو الهم[2] ، والغضب ، والنعاس ، وغيرها[3] ، على ما قال عليه السلام : « لا يقضى القاضى وهو غضبان » .

وينبغى أن يقدم الرجال على حدة ، والنساء على حدة ، الأول فالأول . ولا يخلط النساء بالرجال ، لأنه سبب للفتنة[4] .

وينبغى أن يتخذ[5] كاتبا من أهل العفاف والصلاح ، وهو فقيه عالم بصنعة[6] الكتابة ، ثم يقعده حيث يرى ما يكتب وما يصنع . وفى عادة السلف أن[7] القاضى هو الذي يكتب خصومة كلا الخصمين ، على كاغذ[8] السؤال والجواب ، ثم يكتب شهادة الشهود[9] على حسب ما شهدوا[10] ، بعد كتابة جواب الخصم ، ثم يطوى الكتاب[11] ، ثم[12] يختمه ، ثم[13] يكتب على ظهره « خصومة فلان وفلان ، فى شهر كذا ،

---

(١) في ا و ح : « للقضا ويشغله » .
(٢) في ح الألف ساقطة في كلمة : « الهم » .
(٣) في ب : « وغيره » . وفي ا : « وغيرهما » .
(٤) في ا و ب و ح : « الفتنة » .
(٥) في ا و ح : « يأخذ »
(٦) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل كذا : « بصنيعة » .
(٧) في ا و ح كذا : « إلى » .
(٨) الكاغذ والكاغد سواء وهو القرطاس وهو معرب (القاموس) – وفي ب : « كاعد » . وفي ا و ح : « على ما كان عنده » .
(٩) في ح : « شهادة المشهود » .
(١٠) في ا و ح : « ما يشهدون » .
(١١) « الكتاب » من ا و ب و ح .
(١٢) في ا و ب و ح : « و » .
(١٣) في ب : « و » .

في[1] سنة كذا » ـ ويضمه في قمطره[2] على حدة . وفي زماننا: العادة[3] أن الكاتب هو الذي يكتب كتاب الدعوى ، ويترك موضع التاريخ ، ولا يكتب جواب الخصم ، ويكتب أسماء الشهود بعد ذلك ، ويترك فيما بين الخطين فرجة ، فإذا رفع[4] الدعوى عند القاضي ، فيكتب[5] التاريخ بنفسه ، ويكتب جواب الخصم على الوجه الذي تقرر[6] . وإذا شهد الشهود[7] في المجلس على ما يدعيه المدعي يكتب شهادة كل واحد تحت[8] اسمه على الوجه الذي تقرر[9] و[10] ويختم[11] الكتاب ، ثم يكتب بنفسه في ذلك اليوم أسماء الشهود . أو يأمر الكاتب[12] حتى يكتبه[13] بين يديه ، ويختم ، ويبعث بذلك على يد رجل من أهل الثقة ، في السر ، إلى أهل الثقة والصلاح عنده ، حتى يعدلوا الشهود . فإذا اتفق[14] اثنان

---

(١) في حـ : « وفي » .
(٢) في ا و ب و حـ : « في قمطر » . والقِمَطْر ما يصان فيه الكتب كالقمطرة (القاموس)
(٣) في ب : « أن العادة » .
(٤) كذا في ب و حـ . وفي ا : « دفع » . وفي الأصل : « وقع » .
(٥) في ا : « فليكتب » .
(٦) في حـ : « الذي يشهد » . وفي ا كذا : « نقد » ولعلها : « تقدم » مع تحريف .
(٧) « الشهود » ليست في ا . وانظر فيما بعد الهامش ١٠
(٨) « تحت » ليست في ا . « « «
(٩) في ا : « الذي يشهد » . « الهامش التالي
(١٠) « وإذا شهد الشهود ... تقرر » ساقطة في حـ . وراجع فيما تقدم الهامش ٦
(١١) في ا و ب و حـ : « ثم يختم » .
(١٢) كذا في ا و ب و حـ وفي الأصل : « الكتاب » .
(١٣) في ا و حـ : « يكتب » .
(١٤) في حـ كذا : « اتفقه » .

أو أكثر على تزكية رجل ، قبل قوله ، وعمل به .

وإن اجتمع جماعة على أنه ثقة [١] ، واثنان على جرحه [٢] ـ يأخذ بالجرح .

والعدد شرط عندهما في [٣] المزكين . وأما عند أبي حنيفة : < و > الواحد كاف [٤] .

وكذا الخلاف في الذي يبعث المستورة [٥] : يشترط [٦] فيه [٧] العدد عندهما ، خلافاً له .

ثم يسأل عن التزكية [٨] علانية بعد مايسأل [٩] في السر ، حتى لا يقع فيه ريبة على القاضي ، فيتهم بذلك [١٠] .

• • •

ولا ينبغي للقاضي أن يقبل الهدية إلا من ذي رحم محرم منه ، أو

---

(١) في ا و ب و حـ : « على ثقة رجل » .
(٢) جرّح شاهدا أسقط عدالته (القاموس) .
(٣) في ب : « من » .
(٤) في الأصل و ا و ب و حـ : « كافي » . وفي الكاساني (٧ : ١١ : ٤) : « وأما العدد فليس بشرط الجواز عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، لكنه شرط الفضيلة والكمال . وعند محمد : شرط الجواز » وفي الكنز والزيلعي عليه (٤ : ٢١٢) : « (والواحد يكفي للتزكية) ... وهذا عندهما . وقال محمد رحمه الله : يشترط في التزكية مايشترط في الشهادة من العدد » .
(٥) قال الكاساني (٧ : ١٢ : في السطرين الأسفلين) : « ... ثم يكتب القاضي في ذلك الشهر أسماء الشهود بنفسه على بطاقة أو يستكتب الكتاب بين يديه فيبعثها إلى المعدل سراً وهي المسماة بالمستورة في عرف ديارنا » . وفي الزيلعي والشلبي عليه (٤ : ٢١١) أن المستورة هي الرقعة وسميت بها لسترها عن نظر العوام . وفي حـ سقطت منها الراء والتاء . وفي ا : « المستوز » .
(٦) في حـ : « ويشترط » .
(٧) « فيه » من ا و ب و حـ .
(٨) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل كذا : « المزكية » .
(٩) في ا و ب و حـ : « بعدما سأل » . (١٠) زاد في ب : « كله » .

من[١] صديق ، قديم الصحبة ، قد كان بينهما التهادى قبل زمان القضاء . فأما من[٢] غير هذين : < ف > لا يقبل الهدية ، ويكون[٣] ذلك فى معنى الرشوة .

وأما الدعوة — فإن كانت دعوة عامة ، مثل دعوة العرس[٤] ، والختان : فلا بأس بذلك . فأما الدعوة الخاصة : فإن كانت[٥] من ذى الرحم المحرم ، أو[٦] الصديق القديم الذى كان يضيفه قبل القضاء : فلا بأس بالإجابة . وفى غيرهما[٧] : لا ينبغى أن يحضر ، لأن ذلك يوجب تهمة فيه .

. . .

ولا بأس للقاضى أن يبعث الخصمين إلى المصالحة إن طمع منهما المصالحة[٨] . وإن لم يطمع ولم يرضيا[٩] بذلك[١٠] فلا يردهما إلى الصلح ، ويتركهما على[١١] الخصومة ، وينفذ القضاء فى حق من قامت الحجة له . والله تعالى أعلم[١٢] .

---

(١) « من » من ا و ح .

(٢) كذا فى ب . وفى الأصل و ا و ح : « فى » .

(٣) في ا و ح : « لأنه يكون » .

(٤) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « فإن كانت الدعوة دعوة العرس ... » .

(٥) كذا في ا و ح . وفي الأصل و ب : « كان » .

(٦) في ب : « و » .

(٧) في ا : « وغيرها » . وفى ح كذا : « فلا بالاجابة وغيرها » .

(٨) « إن طمع منهما المصالحة » ليست في ا و ح .

(٩) في ا و ب و ح : « ولم يرضا » .

(١٠) فى ح : « فذلك » .

(١١) في ا و ح : « إلى » .

(١٢) « والله تعالى أعلم » ليست في ا و ح . وفي ب : « والله أعلم » .

كتاب

الوقف والصدقة

فى الكتاب[١] فصلان : فصل فى الوقف ، وفصل في الصدقة .

أما الأول

< فقد > أجمع العلماء أَن من وقف أرضه أو داره ، مسجدا ، بأن قال: «جعلت هذه[٢] الأرض مسجدا يصلى[٣] فيه الناس» - أنه جائز[٤] ، لأن هذا إبطال ملكه عنه ، وجعله لله تعالى خالصا ، كمن أعتق عبده .

لكن التسليم شرط[٥] عند أبى حنيفة ومحمد ، وعند أَبى يوسف : ليس بشرط .

وتسليمه عندهما أن يأذن للناس بصلاة[٦] الجماعة[٧] فيه ، فيصلى[٨] فيه جماعة من الناس بجماعة : فإنه يصير مسلماً إلى الناس - كذا ذكر

---

(١) في ا و حـ : « قال رحمه الله : في الكتاب» . وفى ب : « في الباب » .

(٢) في حـ : « هذا » .

(٣) في ب : « ليصلى » .

(٤) في ب : « انه يجوز » . وفى ا و حـ : « جاز » .

(٥) في ب كذا : « تسليم الشرط » .

(٦) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « للصلاة » .

(٧) في ا و حـ : « بالصلاة الجماعة » . وفي ب : « بالصلاة جماعة ».

(٨) كذا في ب . وفي الأصل: «فصلى» .وفي ا و حـ : « فإذا صلى الناس فيه بجماعة فإنه».

هلال الرأى [١] في كتاب «الوقف» الذى صنفه.

وقال بعض المشايخ : إذا جعل له متوليا < قيما > [٢] يتصرف فى مصالحه ، ويأذن له بقبضه ، بطريق النيابة عن الناس . ويأمرهم بالصلاة فيه ـ فيكون التسليم [٣] صحيحا ، ولا يمكنه الرجوع بعد ذلك عندهما .

• • •

وأما إذا جعل أرضه أو داره وقفا على الفقراء ، أو على وجوه الخير ـ فعند أبى حنيفة : إن جعله وقفا فى حال حياته ، ولم يقل وصية بعد وفاته [٤] ، فإنه يكون هذا الوقف صحيحا ، في حق التصدق بالغلة وبالسكنى [٥] في الدار إلى وقت وفاته ، و [٦] يكون نذرا بالتصدق بذلك ، وتكون رقبة الأرض على ملكه : يجوز له [٧] بيعه والتصرفات فيه . وإذا مات يصير ميراثا للورثة ـ وهذا معنى قول بعض المشايخ : إن الوقف لا يجوز عند أبى حنيفة : أن [٨] الوقف لا حكم له عنده ،

(١) كذا في حـ . وفى الأصل و ا و ب : «هلال الرازى» ـ وسيأتى أن هذا غلط . وهو هلال ابن يحيى بن مسلم الرأي البصرى ، ويقع فى بعض الكتب «الرازي» . وقد قال صاحب الجواهر إن هذا غلط . وقد قيل له « الرأى » لسعة علمه وكثرة فقهه كما قيل : « ربيعة الرأي » ـ أخذ الفقه عن أبى يوسف وزفر . وله مصنف فى «الشروط» وله «أحكام الوقف» تداوله العلماء . وقد مات سنة ٢٤٥ هـ . (الجواهر والفوائد) .

(٢) في الأصل و ا و حـ كذا : « قيما » . وفى الكاسانى (٦ : ٢٢٠ : ١) « التسليم في الوقف عندهما أن يجعل له قيما ويسلمه إليه » . وفى ب : « جعل له وليا يتصرف » .

(٣) فى ا و ب و حـ : « يكون تسليما » .

(٤) فى حـ : « وفاتى » .

(٥) فى ب : « والسكنى » .

(٦) « و » ليست فى حـ .

(٧) « له » ليست في ا و حـ . (٨) فى ا و ب و حـ : « لأن » .

بل يكون نذرا بالتصدق بغلته ومنافعه [1].

وأما إذا وقف في حال حياته، وأوصى بذلك بعد وفاته ـ فإنه [2] يجوز بلا خلاف، لكن ينظر: إن خرج [3] من الثلث: يجوز في الكل، وإن لم يخرج من الثلث: يجوز الوقف [4] فيه بقدر الثلث، ويبقى الباقي [5] إلى أن يظهر له مال آخر، أو يجيزه [6] الورثة. فإن لم يظهر له مال [7]، ولم يجز الورثة، تقسم الغلة بينهم أثلاثا [8]: الثلث للوقف والثلثان بين الورثة [9] على قدر أنصبائهم. وإن أجازه [10] الورثة يصير جائزا، ويتأبد الوقف بحيث لا يبطل بعد ذلك [11].

. . .

ولو رفع الأمر [12] إلى القاضي، فأمضى القاضي الوقف [13]، بناء على

(١) وردت في النسخ هنا العبارة التي نقلناها إلى موضعها فيما بعد من هذه الصفحة ـ انظر فيما بعد الهامش ١١.

(٢) «فإنه» من ا و ب و حـ.

(٣) في ب و حـ: «يخرج».

(٤) في حـ: «من الوقف».

(٥) «الباقي» ليست في ب.

(٦) في ب و حـ: «ويجيز». وفي ا: «أو يجيز».

(٧) «مال» من ا و ب و حـ.

(٨) «أثلاثا» ليست في ا و ب و حـ.

(٩) في ب: «والثلثان من الورثة». وفي ا و حـ كذا: «والثلثان (في حـ كذا: والثلثا) للورثة بينهم على قدر أنصبائهم».

(١٠) في حـ: «وإن أجاز». وفي ب: «فإن أجاز». وفي ا: «وإن أجازت». وانظر الهامش بعد التالي

(١١) «وإن أجازه الورثة ... لا يبطل بعد ذلك» وردت في النسخ بعد عبارة: «بل يكون نذرا بالتصدق بغلته ومنافعه» الواردة في أول هذه الصفحة، وقبل عبارة: «وأما إذا وقف في حال حياته» ـ والصحيح أن موضعها هنا. راجع فيما تقدم الهامش ١

(١٢) «الأمر» ليست في حـ.

(١٣) «الوقف» ليست في ا

دعوى صحيحة[١]، وشهادة قائمة على ذلك، وأنكر الواقف ذلك - صح[٢].

ولو شهد الشهود على الوقف، من غير دعوى - قالوا: إن القاضى يقبل، لأن الوقف[٣] حكمه[٤] التصدق بالغلة، وهو حق الله تعالى، وفى حقوق الله تعالى لا يشترط الدعوى.

وهذا إذا كان من رأى القاضى أن الوقف صحيح، لازم، لا[٥] يجوز نقضه بحال، كما قال أبو يوسف ومحمد، حتى يكون قضاء فى فصل مجتهد فيه، فينفذ قضاؤه، ولا يمكن[٦] نقضه بعد ذلك، ولا يجوز بيعه، ولا يورث بالاتفاق، لأن قضاء القاضى[٧] فى فصل مجتهد فيه على[٨] أحد[٩] الوجهين برأيه، وهو من أهل الاجتهاد، ينفذ، بالإجماع[١٠].

• • •

هذا الذي ذكرنا على مذهب[١١] أبى حنيفة. أما عند أبى يوسف ومحمد والشافعى وعامة الفقهاء: <ف> إن[١٢] الوقف صحيح، فى حق الرقبة، ويزول[١٣] عن ملكه، كما فى المسجد.

• • •

(١) في ا و حـ: «صحيح».
(٢) «ذلك - صح» من ا وب وحـ، ولكن «ذلك» ليست فى ب.
(٣) «الوقف» من ا وب وحـ.
(٤) في ا و حـ: «حكم». (٥) «لا» ليست في حـ.
(٦) في ا و حـ: «ولا يمكنه». وانظر الهامش التالي
(٧) «في فصل مجتهد فيه فينفذ ... قضاء القاضي» ليست في ب.
(٨) في ا وب و حـ: «في فصل مختلف على».
(٩) في ا و حـ: «إحدى». (١٠) راجع فيما تقدم ص ٦٤١
(١١) في ا و حـ: «ذكرنا مذهب». وفي ب: «ذكرنا كله على مذهب».
(١٢) في ب: «فأما أبو يوسف ... قالوا: إن الوقف».
(١٣) في ب: «فتزول».

لكن اختلف أبو يوسف ومحمد فيما بينهما :

قال محمد[١] : إنما يجوز بأربع[٢] شرائط :

أَحدها ـ أَن يخرجه من[٣] يده ، ويسلمه إلى المتولى ، حتى يتصرف فيه. فيصرف[٤] أولاً إلى مصالح[٥] الوقف ، ويصرف الباقى إلى المستحقين.

والثانى ـ أن يكون فى المفروز[٦] دون المشاع .

والثالث ـ أن[٧] لا يشترط لنفسه شيئا من منافع الوقف .

والرابع ـ أن يكون مؤبدا ، بأن يجعل آخره إلى فقراء[٨] المسلمين .

وعلى قول أبي يوسف : لا يشترط شيء من هذه الأشياء .

وهذا الذى ذكرنا إذا وقف فى حالة الصحة .

• • •

فأما إذا وقف في حالة المرض : فإن[٩] وقف وأوصى بها بعد وفاته : فهذا وحالة[١٠] الصحة مع الوصية سواء : يعتبر خروجه من الثلث ، ولا يكون ميراثا للورثة . وإن لم يجعله وصية بعد وفاته : <ف> فى

---

(١) فى ا : « وقال محمد » .

(٢) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « بأربعة » . والصحيح لغة « بأربع » لأن « شرائط » جمع « شريطة » بمعنى الشرط أيضا .

(٣) فى ح : « عن » .

(٤) فى ا و ح كذا : « وتصرف » . (٥) « مصالح » من ا و ب و ح .

(٦) فى ب : «في المفرز» و«المفروز» من « فرز ». أما «مفرز» فمن «أفرز» (المصباح).

(٧) « أن » من ا و ب و ح .

(٨) فى ا : « آخره لفقراء » . وفي ح : « آخره فقراء » .

(٩) كذا فى ا و ب و ح . وفي الأصل : « بأن » .

(١٠) في ا : « فهذا أو في حالة » . وفي ب : « ... وفاته نفذ أو في حالة الصحة» . وفي ح : « بعد وفاته فهذا أولى في حالة » .

جواب[١] ظاهر الرواية[٢] : هذا والوقف فى حالة الصحة سواء.

وذكر الطحاوى : هو بمنزلة الوقف بعد وفاته،

والتوفيق[٣] بين الروايتين أن مراد محمد : أن وقف المريض نافذ للحال، غير مضاف إلى ما بعد الموت، كالوصية : فإن المريض إذا أعتق في حالة المرض ينفذ عتقه، وإن كان لا يخرج من الثلث عندهما، ويسعى وهو حر. وعند أبي حنيفة : ينفذ بقدر الثلث دون الثلثين[٤]، ويسعى وهو رقيق، فيعتق[٥] الباقي. ومراد الطحاوى أنه[٦] لا يصح من[٧] جميع المال بل من الثلث، بمنزلة الوصية، وبمنزلة[٨] الوقف والوصية بعد الموت ـ هذا هو الصحيح.

. . .

هذا الذى ذكرنا في العقار.

فأما فى[٩] المنقول ـ هل يجوز وقفه ؟

إن كان تبعاً للعقار كالثيران، وآلات[١٠] الحراثة، والعبيد ـ فإنه يجوز، ويجعل وقفا، ويكون ملكاً لعامة الفقراء كعبيد الخمس فى الغنائم[١١].

(١) « جواب » ليست في ب.

(٢) « في جواب ظاهر الرواية » ليست جلية في الصورة الفوتوغرافية للأصل.

(٣) « والتوفيق » ليست فى ب ومكانها فيها بياض. وفي ا و حـ تشبه : « والتوقيف ».

(٤) فى ب : « بقدر الثلثين » ـ فليس فيها : « الثلث دون ».

(٥) في ب : « ليعتق ». وفى ا و حـ : « يعتق ».

(٦) فى حـ : « أن ». (٧) فى ا و حـ : « فى ».

(٨) « الوصية وبمنزلة » ليست فى ا و حـ.

(٩) « فى » ليست فى ا و ب و حـ.

(١٠) فى حـ كذا : « كالنيرات والآلة الحراقه ».

(١١) « في الغنائم » من ا و ب و حـ. راجع فيما تقدم ص ٥٢٠ وما بعدها.

وأما إذا كان مقصوداً ـ فإن كان مما يجرى فيه التعامل ، وهو معتاد فيما بين الناس : يجوز عندهما ، خلافا لأبي حنيفة ـ وذلك نحو الكُراع[١] ، والسلاح في سبيل الله ، و[٢] نحو المَر[٣] والقدوم لحفر القبور ، وكثياب الجنازة[٤] ونحوها .

وأما وقف الكتب ـ < فقد > اختلف المشايخ فيه[٥] ، على قولهما .

وعن نصير بن يحيى[٦] أنه وقف كتبه على الفقهاء من أصحاب أبي حنيفة .

ولو جعل أرضه أو[٧] داره رباطا ، أو مقبرة ، أو سقاية ـ فعند أبي حنيفة : لا يجوز . وعندهما : يجوز ـ غير أن محمدا[٨] يشترط الشرائط التي[٩] ذكرنا[١٠] ، والتسليم عنده هو[١١] أن ينزل[١٢] في الرباط بعض المارة ، وأن يدفن فيها[١٣] بعض الموتى ، وأن يسقى[١٤]

(١) الكُراع جماعة الخيل خاصة (المصباح)

(٢) «و» ليست في ب .

(٣) في المغرب : « المر بالفتح في وقف المختصر : الذي يعمل به في الطين » .

(٤) في ا و حـ : « الجنائز » .

(٥) « فيه » ليست في ا .

(٦) في الفوائد : «نصير بن يحيى البلخي : أخذ الفقه عن أبي سليمان الجوزجاني .. محمد . مات سنة ٢٦٨ هـ » .

(٧) في ب : « و » .

(٨) في ب : « غير أن عند محمد يشترط .. » .

(٩) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « الذي » .

(١٠) في ب : « ذكرناها » . راجع فيما تقدم ص ٦٥١

(١١) كذا في ب . وفي الأصل و ا و حـ : « وهو » راجع ص ٦٤٧ .

(١٢) في ب : « يترك » وفي ا و حـ : « وهو أن يقول أن ينزل » .

(١٣) كذا في ا و ب و حـ . وفي الأصل : « فيه » .

(١٤) في ا و حـ : « يستقي » .

منها الناس[١] ، وسقى الواحد[٢] كاف [٣] ، أو يسلم[٤] إلى المتولى ويأمره أن[٥] يأذن للمارة بالنزول فيها[٦] ، والدفن فى المقبرة ، والشرب[٧] من السقاية ، بعد ماصب الماء فيها[٨].

. . .

ولو وقف أرضا على عمارة المساجد[٩] ومرمة الرباط[١٠] ، والمقابر: جاز[١١] عندهما.

فأما الوقف على مسجد[١٢] بعينه هل يجوز ؟ اختلف المشايخ فيه : قال بعضهم : على الخلاف : على قول محمد : لا يجوز ، لأن[١٣] هذا لا يتأبد عنده ، فإن المسجد إذا خرب و[١٤] استغنى الناس عن الصلاة فيه ، يعود ملكاً لصاحبه إن كان حياً ، ويصير ميراثا لورثة الواقف بعد

---

(١) كذا فى ا و ب و حـ . وفى الأصل : « الماء » .

(٢) فى ب و حـ : « والواحد » . فليس فيهما : « سقى » . وانظر الهامش التالي

(٣) « والواحد كاف » ليست فى ا . و « كاف » ليست في حـ . وفي الأصل و ب : « كافي » .

(٤) كذا في ا و حـ . وفي ب : « أو تسلم » . وفي الأصل : « ويسلم » .

(٥) في ا و ب و حـ : « بأن » .

(٦) كذا في ا و حـ . و : « المارة بالنزول فيها » غير جلية في الصورة الفوتوغرافية للأصل .

(٧) كذا في ا و ب و حـ . وبين السطرين في الأصل . وفي متن الأصل : « والسقي » .

(٨) راجع فيما تقدم ص ٦٤٧ .

(٩) في ب و ا : « المسجد » .

(١٠) في ب : « الرباطات » . وانظر الهامش بعد التالي

(١١) كذا فى ب . وفى الأصل : « جائز » . وانظر الهامش التالي

(١٢) « ومرمة ... مسجد » ليست فى حـ . وكذا في ا .

(١٣) « لأن » ليست فى ا و حـ .

(١٤) في حـ : « أو » .

وفاته . وعلى قول[1] أبي يوسف : يجوز ، لأن عنده لا يصير ميراثا بالخراب ، فإنه[2] يبقى مسجداً أبداً[3] .

وقال أبو بكر الأعمش[4] : ينبغي أن يجوز ، بالاتفاق .

وقال أبو بكر الإسكاف[5] : ينبغي أن[6] لا يجوز ، بالاتفاق .

وأما حكم الصدقة

إذا قال : « داري هذه صدقة في المساكين » ـ فإنه يجب عليه أن يتصدق : إن شاء بعين الدار ، وإن شاء باعها ، وتصدق[7] بثمنها على الفقراء ، لأن الصدقة عند[8] الإطلاق تقع على[9] تمليك الرقبة، دون التصدق[10] بالسكنى والغلة ـ بخلاف[11] ما إذا قال : « داري هذه صدقة موقوفة على المساكين » ـ أنه ينصرف عند أبي حنيفة إلى التصدق بالغلة[12] لوجود

(١) في ب : « وعلى قياس قول » . وفي ا و حـ : « وعلى هذا قياس قول » .

(٢) في ا و ب و حـ : « بل » .

(٣) « أبدا » ليست في ا و حـ .

(٤) في ا و حـ : « الأعشى » . ولم نجد في الفوائد والجواهر إلا « الأعمش » . وفي الكاساني (٦ : ٢٢١ : ١٩) : « أبو بكر الأعمش » . راجع ترجمته في الهامش ٦ ص ١٩ من المقدمة في الجزء الأول .

(٥) راجع ترجمته في الهامش ٧ ص ١٩ من المقدمة في الجزء الأول .

(٦) « أن » ليست في حـ .

(٧) كذا في ب . وفي الأصل و ا و حـ : « ويتصدق »

(٨) في ا و حـ : « على » .

(٩) « على » ليست في حـ .

(١٠) في ا و حـ : « الصدقة » .

(١١) « بخلاف » ليست في حـ

(١٢) « بالغلة » من ا و ب . وفي حـ كذا : « بالغة » .

التعارف[١] .

ولو قال : « جميع ما أملك[٢] فهو صدقة » ـ فإنه ينصرف إلى أموال الزكاة ، من السوائم ، وأموال[٣] التجارة ، والصامت[٤] ، دون العقار والرقيق ، وعليه أن يتصدق بالكل[٥] ، ويمسك نفقة نفسه وعياله .

ثم إذا ملك مالا[٦] ، يتصدق بمثل ما أنفق من المال الذى نذر بالتصدق به[٧] .

ولو قال : « مالى[٨] صدقة فى المساكين[٩] » ، فإنه لا[١٠] يدخل فيه السوائم والعقار والرقيق ، ويدخل أموال التجارة و[١١] الصامت ـ وقد ذكرنا فيما سبق[١٢] نظائره ، وبينا الفرق ، فلا نعيده .

والله تعالى أعلم[١٣] .

انتهى بحمد الله تعالى

---

(١) فى ب كذا : « التفاوت » .

(٢) في ا : « جميع ماأملكه » . وفي حـ : « جميع مال » .

(٣) فى ا و حـ : « وغيره من أموال » .

(٤) في المصباح : « الصامت من المال الذهب والفضة » .

(٥) « بالكل » ليست فى ا .

(٦) « ما » ساقطة فى حـ ففيها : « ملك لا » .

(٧) « به » ليست فى ا .

١ — فهرست الموضوعات

٢ - فهرست الأعلام المترجم لهم في هذا الجزء

وقد وعدنا في الجزئين الأولين أن ننشر في هذا الجزء الثالث فهارس مختلفة للأجزاء الثلاثة جميعا ولكن للأسف انتهت مدة ندبنا إلى الجامعة وتعين علينا الرجوع إلى عملنا الأصلي في القضاء بالقاهرة قبيل الفراغ من طبع هذا الجزء الثالث فلم يتسع لنا الوقت للوفاء بما وعدنا .

ونرجو أن نوفق إلى ما وعدنا في فرصة أخرى مقبلة إن شاء الله حتى نكمل الفائدة التي نرجو . والله ولي التوفيق .

فهرست الموضوعات

الأرقام تشير إلى الصفحات

القرض

فهرست الأعلام المترجم لهم

في هذا الجزء

الرقم الأول يشير إلى الصفحة والثاني إلى الهامش حيث الترجمة

أخطاء مطبعية

وقع أثناء الطبع بعض أخطاء مطبعية لن تخفى على القارىء . وفيما يلي ما وقع عليه نظرنا

الصفحة	الهامش	السطر	الخطأ	الصواب
١٦	٨		إذا كان البيع	. . . المبيع
٧٠	٩		٢٧٩ - ٢٧٨	٢٧٩ - ٢٨٨
١٢٠			ولا يجوز الجمل	ولا يجوز الحمل (بالحاء لا بالجيم) ملاحظة قال ابن عابدين (٥ : ٢٢٣) : « وفي البدائع تقدير هذه الأسنان بما ذكر لمنع النقصان لا الزيادة . فلو ضحى بسن أقل لا يجوز وبأكبر يجوز وهو أفضل . ولا يجوز بحمل وجدي وعجول وفصيل ، لأن الشرع إنما ورد بالأسنان المذكورة ».
١٢٨	٥		ولهذا	لهذا
١٥٧	٦		ترجمته في الهامش ١١	. . . . ١٢
١٥٩	٤			الخط الذي بعد السطر الثالث ينقل إلى أسفل السطر الرابع تحت عبارة « العضو الذي لا نظير له في البدن » .
١٥٩	٤		. . ص ١٦٧ وما بعدها	. . . ص ١٦٨ وما بعدها
١٦٦		٢	فهذه أحدى	. . . إحدى
٢٠٧			ولو جد القتيل	ولو وجد القتيل
٢٤٧	٣		أي بمنع	أي يمنع
٤٩٨	٤		مغنى النفل	معنى النفل
٥٠٧		٤	الدمى	الذمي

ملاحظة - في ص ٢٤٦ سقط هامش برقم ٩ نصه : « لم يتكلم على حكم السرقة كما وعد (راجع ص ٢٣٣) وانظر الكاساني ، ٧ : ٨٤ وما بعدها » .

. . .

تقرر تدريس كتاب «التحفة» بأجزائه الثلاثة في كلية الشريعة بجامعة دمشق .

